



UNIVERSIDAD NACIONAL

PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO



**“LA DESNATURALIZACIÓN E INEFICACIA DEL
CONTRATO LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE LA
ADMINISTRACIÓN PRIVADA SUJETOS A MODALIDAD
POR FRAUDE Y SIMULACIÓN EN LA REGIÓN SAN
MARTIN PERIODO 2015 - 2017”**

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

AUTORA:

Abog. JESSICA ESPERANZA TORO CERNA

ASESOR:

Dr. MIGUEL ARCÁNGEL ARANA CORTEZ

LAMBAYEQUE – PERÚ

2019

**“LA DESNATURALIZACIÓN E INEFICACIA DEL CONTRATO
LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN
PRIVADA SUJETOS A MODALIDAD POR FRAUDE Y SIMULACIÓN
EN LA REGIÓN SAN MARTIN PERIODO 2015-2017”**

PRESENTADO POR:

**Abog. JESSICA ESPERANZA TORO CERNA
AUTORA**

**Dr. MIGUEL ARCÁNGEL ARANA CORTEZ
ASESOR**

APROBADO POR:

**Dr. VÍCTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO
PRESIDENTE**

**Dr. AMADOR MONDOÑERO VALLE
SECRETARIO**

**Dr. OSCAR RAMÓN VÍLCHEZ VELEZ
VOCAL**

DEDICATORIA

A Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

A mis hijos, Steven y Sofía, por comprender que, mediante el proceso de elaboración de esta tesis, fue necesario realizar sacrificios como momentos a su lado, y otras situaciones que demandaban tiempo, tiempo del cual los dueños eran ellos.

AGRADECIMIENTO

A mis padres, José y Esther, gracias por haberme forjado como la persona que soy, por brindarme siempre su apoyo incondicional y enseñarme el camino de la superación.

A mis hermanos Roxana, Milagritos, José y Gabriel, por brindarme siempre su tiempo, apoyo y estar conmigo en los momentos difíciles de mi vida, más que mis hermanos son mis mejores amigos.

INDICE

DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
RESUMEN.....	viii
ABSTRAC.....	ix
INTRODUCCIÓN.....	10
1. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.....	11
1.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA	11
1.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL.....	11
1.1.1.1. España:	13
1.1.1.2. Colombia:	13
1.1.1.3. Chile:	14
1.1.2. A NIVEL NACIONAL.....	14
1.2. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	20
1.2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	22
1.2.2. FORMULACION DEL PROBLEMA	23
1.3. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	23
1.3.1. Aspecto Dogmático:.....	24
1.3.2. Aspecto Empírico:.....	24
1.4 HIPOTESIS.....	25
1.5 OBJETIVOS	25
1.5.1 Objetivo General.....	25
1.5.2 . Objetivos específicos.....	25
1.6 VARIABLES.....	25
1.6.1. Variable independiente.....	25
Análisis del artículo 77° del D.S. N° 728.....	25
1.6.2. Variable dependiente.....	25
MARCO TEÓRICO.....	26
CAPITULO I.....	26
1. EL DERECHO LABORAL Y EL CONTRATO DE TRABAJO	26
1.1. El derecho laboral y su fundamentación constitucional.....	26
1.1.2. Contenido del derecho laboral.....	27
1.1.3. Principios constitucionales del derecho laboral.....	27
1.1.4. Condiciones o elementos.....	31

1.1.5. Contrato de trabajo.	32
1.1.5.1. Definición de los elementos intervinientes en un contrato de trabajo.	32
1.1.5.2. Efectos de la contratación temporal en el mercado de trabajo.....	35
1.1.5.3. Límites sustantivos a los contratos sujetos a modalidad.....	37
1.1.5.4. Clases de contratos.	38
a) Contratos de trabajo a plazo indeterminado.	38
b) Contratos de trabajo a plazo determinado.	38
CAPÍTULO II	39
2. DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	39
2.1. Regulación.	40
2.2. Las causales de desnaturalización.....	41
2.3. La sanción por no cumplir la duración del contrato temporal: su transformación en indefinido.	46
2.3.1. La desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad y la continuidad de servicios.	46
2.4. ¿Desde cuándo se transforma el contrato sujeto a modalidad en indefinido?	50
2.5. Los límites formales a los contratos sujetos a modalidad.	52
2.6. Invalidez del término del contrato por falta de forma escrita.....	52
2.6.1. Ámbito y determinación del requisito de forma escrita.....	52
2.6.2. Efecto de incumplimiento.	54
2.7. Notificación de los contratos a la autoridad administrativa de trabajo.	56
2.8. La sanción por el fraude o simulación: la transformación en contrato por tiempo indeterminado.	59
2.8.1. ¿La simulación o el fraude de Ley?	60
2.9. El fraude de Ley y el incumplimiento de los límites de la contratación sujeta a modalidad.	61
2.10. La contratación temporal en las entidades estatales.	65
2.10.1. La utilización de contratos sujetos a modalidad en actividades permanentes de la administración pública.....	65
2.10.2. Supuestos de fraude en la contratación temporal en entidades públicas.	67
2.11. Extinción del contrato sujeto a modalidad.	69
CAPÍTULO III	73
3. EL DERECHO LABORAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	73
3.1. En América.....	73

3.2. En el Perú.....	75
3.2.1. CONSTITUCION POLITICA DEL PERU.....	75
3.2.2. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL D. LEG. Nº 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL (LPCL) D.S. Nº 003-97- TR	76
CAPITULO IV.....	79
4. ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS.....	79
4.1. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS.....	79
4.2. UNIVERSO Y MUESTRA.....	79
4.2.1. Delimitación del Universo	79
4.2.1.1. Delimitación temporal	79
4.2.1.2. Delimitación espacial	79
4.2.1.3. Muestra.....	79
4.3. ENCUESTA.....	80
4.4. CUADROS ESTADISTICOS DEL CAMPO DE INVESTIGACIÓN.....	83
4.5. MÉTODO Y PROCEDIMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS	93
4.5.1. Método.....	93
4.5.2. Tipo de investigación	93
4.5.3. Técnicas de recolección de información	93
4.5.3.1. Análisis documental.....	93
4.5.3.2. Análisis de Encuestas y Entrevistas	93
4.6. Recursos y Presupuesto.....	94
4.6.1. Bienes	94
4.6.2. Servicios	94
4.6.3. Recursos humanos	94
4.6.4. Consolidado.....	94
4.6.5. Financiamiento.....	94
4.6.6. Cronograma de ejecución	95
CONCLUSIONES.....	96
RECOMENDACIONES	97
BIBLIOGRAFÍA.....	98
ANEXOS	101

RESUMEN

La problemática de esta investigación radica en la desnaturalización del contrato Laboral sujeto a modalidad por fraude y Simulación debido a que existe en la legislación laboral peruana una significativa confusión con relación a la naturaleza jurídica del vínculo laboral.

El objetivo planteado fue realizar un análisis doctrinario de la Desnaturalización del Contrato de trabajo a plazo fijo bajo la modalidad de fraude y simulación, con respecto a un Marco Referencial que integre Planteamientos teóricos atingentes que permitan solucionar el Incumplimiento de las Normas Laborales (DS. 003-97-TUO del DL 728), mediante una investigación aplicada, explicativa y de análisis mixto, predominantemente cuantitativo, pero complementariamente con calificaciones e interpretaciones cualitativas con la finalidad de detectar las causas por las que se origina la desnaturalización de los contratos laborales en la Región San Martín.

La metodología de la investigación utilizada fue descriptiva, analítica – explicativa.

Palabras Claves: Simulación, Fraude, Desnaturalización, Contratos laborales, contratos modales.

ABSTRAC

The problem of this investigation lies in the denaturalization of the labor contract subject to modality for fraud and simulation because there is significant confusion in the Peruvian labor legislation regarding the legal nature of the employment relationship.

The objective was to conduct a doctrinal analysis of the denaturing of the fixed-term work contract under the modality of fraud and simulation, with respect to a reference framework that integrates theoretical approaches to solve the breach of labor standards (DS. 003 -97- TUO of DL 728), through applied, explanatory and mixed analysis research, predominantly quantitative, but in addition with qualitative qualifications and interpretations with the purpose of detecting the causes by which the denaturalization of labor contracts in the San Martin Region.

The methodology of the research used was descriptive, analytical - explanatory.

Key Words: Simulation, Fraud, Denaturalization, Labor contracts, modal contracts.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada **“LA DESNATURALIZACIÓN E INEFICACIA DEL CONTRATO LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN PRIVADA SUJETOS A MODALIDAD POR FRAUDE Y SIMULACIÓN EN LA REGIÓN SAN MARTIN PERIODO 2015-2017”**, se centra en el problema que hay en esta región debido a la incorrecta aplicación de la normativa laboral ocasionando así afectación en las relaciones laborales, las mismas que afectan directamente al trabajador, colocándolo en desprotección frente al empleador.

El objeto de simular las relaciones laborales, con apariencia jurídica civil o mercantil, es sencillamente, la intervención de evadir el cumplimiento de la legislación laboral para disminuir costos y aumentar ganancias, al evadir el pago de prestaciones sociales mínimas.

El trabajo de investigación ha tenido dos etapas: la del planteamiento, búsqueda de datos, con la complementaria elaboración de las guías de entrevista y de observación de campo, y la elaboración del informe final en la que se realizó la elaboración de cuadros estadísticos y las contrastaciones de hipótesis.

El tipo de investigación es la explicativa y descriptiva y el tipo de análisis es mixto predominante cuantitativo, pero con calificaciones a interpretaciones cualitativas.

Los datos recogidos fueron incorporados a programas computarizados y presentados como informaciones, en forma de figuras, gráficos, cuadros y resúmenes, con respecto a los cuales se formularon apreciaciones que serán analizadas y calificadas.

El presente informe final de la investigación se presenta por capítulos: (Capítulo I): Aspectos de la Problemática, (Capítulo 2): Marco Teórico (3) Análisis y discusión de los resultados de los instrumentos utilizados, Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía y Anexos del plan de Investigación.

1. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

1.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL.

(Zabaleta, E. 2008). “Decadencia del contrato de trabajo por desnaturalización de su contenido y esencia en la legislación laboral guatemalteca”. Tesis para optar por el grado de Abogada y Notaria, Universidad de San Carlos de Guatemala.

La autora desarrolla mediante la utilización del método deductivo, inductivo, analítico, histórico y jurídico; y las técnicas documentales y de campo, importantes aspectos acerca de la simulación del contrato de trabajo; compuesto de cinco capítulos, refiriéndose el primero al contrato de trabajo y la relación de trabajo; el segundo capítulo desarrolla los elementos del contrato de trabajo. El capítulo tercero, contiene las modalidades del contrato de trabajo. En el capítulo cuarto, se trata lo referente al contenido de la relación de trabajo, y el último el capítulo quinto, enfoca la desnaturalización del contenido y elementos esenciales del contrato de trabajo. Concluyendo en lo siguiente

1) Si el contrato de trabajo en la actualidad ha caído en decadencia, no es porque se haya advertido su inoperancia o como dicen “profesionales” al servicio de empresarios, porque frena el desarrollo y acarrea perjuicios para el propio trabajador; por el contrario, si esta institución ha causado revuelo y le ha quitado el sueño al sector patronal, es por la justicia social que le inspira, la que nunca ha querido entender el patrono, al extremo que prefieren simular quiebras o cualquier artificio ilegal, simple y sencillamente por no cumplir con la ley laboral.

2) Los derechos mínimos laborales, no pueden desmejorarse, violarse o tergiversarse mediante ninguna forma de contratación, porque en tal evento, se configura su nulidad ipso jure.

3) Aceptar que el principio de la autonomía de la voluntad, propio del derecho civil, tenga vigencia en las relaciones de trabajo, conlleva una

desigualdad e injusticia laboral, puesto que, es evidente, la profunda desigualdad que existe entre patrono y trabajador, con lo que se derrumbaría desde sus bases el derecho del trabajo en su conjunto y el patrono tendría amplia libertad para la imposición de condiciones perjudiciales al trabajador.

4) Cualquiera que sea la forma que el patrono emplee para la simulación de los contratos de trabajo, resulta ineficaz, al subsistir la causa que les dio origen.

5) El sector patronal, incluido el Estado, han implementado toda una política, tendiente a evitar en lo posible el cumplimiento de la ley laboral, pretendiendo eludir sujetarse a la misma, mediante la simulación de los contratos de trabajo, ajustándolos a contratos de naturaleza civil, mercantil o administrativa.

(Soberanis & Herrera. 2013). “La auditoría interna en la detención y prevención de fraudes”. Artículo presentado en la XXX Conferencia Internacional de Contabilidad de Uruguay.

Los autores fundamentan su ponencia en lo siguiente: 1) a. El fraude se ha presentado en los últimos años como uno de los grandes males para las empresas, las economías y la sociedad en general. Como quiera, el auditor interno convive en un ambiente de riesgos de actos fraudulentos, los cuales se maximizan con la diversificación de actividades, la globalización y las transacciones electrónicas.

2) El establecimiento de medidas preventivas y la detección del fraude es responsabilidad de la gerencia de la entidad, a cargo de la auditoría interna está la evaluación de los procedimientos y medidas preventivas tendientes a detectar errores y fraudes, que han sido dispuestos por la administración

3) El fraude, no sólo implica estafa, robo de dinero, valores, mercaderías, bienes, suministros, etc. El fraude puede ser cometido en forma intencional por los funcionarios de una compañía, incluso por propietarios, accionistas o

Gerentes, para presentar una imagen financiera que no corresponde a la realidad de la empresa, esto con el objetivo de conseguir inversionistas, vender acciones, contratar préstamos, créditos a sus empresas, incluso para evadir impuestos.

1.1.1.1. España:

(Benítez, M. 2012). “Análisis comparado de los sistemas de contratación laboral temporal en España y Paraguay”. Tesis para optar por el grado de Doctor, Universidad de Alcalá – España.

El autor concluye lo siguiente: 1) La atención legislativa a los “problemas” laborales en España y Paraguay. La evolución legislativa de ambos países ha sido dispar. Mientras en España es costumbre la constante actualización de las normas que regulan las relaciones laborales, en particular, en etapas de crisis; en Paraguay, los legisladores, desde 1961 año del primer código, no se han ocupado de revisar aquellas normas más que en algunas pocas ocasiones y casi en absoluto han modificado el esquema de la contratación temporal.

1.1.1.2. Colombia:

(Pérez, E. 2013). “Indemnización por falta de pago – desnaturalización del contrato de trabajo”. Tesis para optar por el grado de Abogado, Universidad de Colombia.

El autor concluye lo siguiente: 1) La indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., cumple una doble función, de un lado indemniza el daño causado al empleado con la mora en el pago de sus prestaciones por parte del empleador, pero de otra lo conmina a efectuar en tiempo el pago de salarios y prestaciones al empleado cuando más requiere de dicha puntualidad, esto es al momento de quedar cesante.

A diferencia de ordenamientos jurídicos como el mexicano, donde dicha sanción se aplica al empleador por haber resultado culpable en el despido del trabajador o en el motivo de huelga que lo tuvo sin percibir el pago; en Colombia

la sanción cuestiona o reprocha el no pago de salarios y prestaciones en tiempo, sin importar el origen o la responsabilidad en terminación del contrato de trabajo.

1.1.1.3. Chile:

(Villar & Cayul. 2001). “Desnaturalización de la calidad de empleador y fraude a la Ley laboral a la luz de la Ley 20-123”. Tesis para optar por el grado de Bachiller en Derecho.

Donde el autor analizó el marco legal de las conductas de desnaturalización de la calidad de empleador, su eventual carácter fraudulento y el estado actual de los trabajadores frente a tal realidad, teniendo en consideración el campo normativo vigente en Chile al respecto y su aplicación práctica. El motivo que impulsa a los autores a realizar la investigación es debido a la necesidad de constatar la efectividad de la normativa laboral, frente a la eventual evasión de las responsabilidades de los empleadores y la consecuencial burla a los derechos de los trabajadores con la paralela violación a un principio básico del derecho laboral como es el principio de primacía de la realidad. Teniendo como dos hipótesis legales de externalización de trabajadores en virtud de la Ley 20.123, y son la Subcontratación y el suministro de trabajadores

1.1.2. A NIVEL NACIONAL.

(Ponce, D. 2014). “Problemática de la jornada a tiempo parcial en la contratación a plazo determinado de los docentes en Condición de contratados de las universidades UCV, UPN y UPAO de la ciudad de Trujillo en el periodo 2011 – 2013”, tesis para optar el grado de abogada de la Universidad César Vallejo-Trujillo, en la cual mediante una contrastación de hipótesis la autora llegó a la conclusión que: “Los contratos de trabajo a plazo determinado y las condiciones que fija el respectivo contrato afecta como causal de desnaturalización de la jornada laboral de los docentes contratados”, por lo que su problemática, servirá como antecedente dentro del desarrollo de la tesis. Tuvo como diseño de contrastación el no experimental – transversal, tomado como muestra un contrato

de cada docente a tiempo parcial por cada universidad (UCV, UPN y UPAO). Llegando a las siguientes conclusiones:

1) Los contratos de trabajo a plazo determinado y las condiciones que fija el respectivo contrato afecta como causal de desnaturalización de la jornada laboral de los docentes “contratados” en las universidades UCV, UPN y UPAO de la ciudad de Trujillo, aceptándose la hipótesis de investigación.

2) La jornada laboral a tiempo parcial estipulado en los contratos de trabajo a plazo determinado y en las condiciones que fija el respectivo contrato de los docentes “contratados” de las universidades UCV, UPN y UPAO, es inadecuada, ya que no existe claridad en la delimitación de la jornada a tiempo parcial.

3) Al establecerse de una manera inadecuada la jornada a tiempo parcial, ésta repercute también en la remuneración y beneficios sociales.

(Condezo, M. 2012). “Vulneración de los Derechos Laborales en el Régimen de La Contratación Administrativa de Servicios”, tesis para obtener el grado de abogada de la Universidad Norbert Wiener; la cual analiza la vulneración de derechos laborales como consecuencia de este tipo de contratación, debido a que el agravio originado a aquellos trabajadores contratados bajo este régimen menoscaba principios y derechos laborales como el principio y el derecho de igualdad, principio de igualdad, de progresividad laboral entre otros, vulnerando así el derecho al trabajo.

En esta tesis se llega a las siguientes conclusiones: 1) El Estado como principal garante de derechos tiene el deber de proteger a sus ciudadanos y como tal tiene la obligación de hacer respetar los derechos de cada uno; sin embargo, quien debería proteger y resguardar derechos es el primero que los vulnera al permitir la vigencia de los contratos administrativos de servicios.

2) Los principios laborales como directrices que permiten solucionar o llegar a una mejor resolución de un problema, no han sido tomados en cuenta a

fondo al momento de tomar decisiones sobre la legalidad o no de esta norma vulneradora y discriminatoria de derechos, como es el cuestionado contrato administrativo de servicios.

3) Del presente estudio se ha comprobado que los contratos administrativos de servicios contienen los elementos esenciales para ser considerados como un contrato laboral, en consecuencia, la relación existente entre la persona que presta servicios y la entidad pública deviene en una relación laboral y no administrativa.

4) En la realidad los contratos administrativos de servicios tienen naturaleza laboral, pues en su contenido se presentan los elementos esenciales correspondientes a un contrato laboral y por ende el vínculo con la entidad contratante deviene en una relación laboral, datos importantes que han sido omitidos por el máximo intérprete de la ley.

5) La entrada en vigencia del régimen CAS otorgó derechos a los trabajadores que se encontraban bajo el régimen de los servicios no personales; sin embargo, ello no ha asegurado en su totalidad derechos laborales ni beneficios que les corresponde.

(Pereira, R. 2009). “La Desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad en la Legislación Peruana”, artículo en el cual el autor realiza un análisis de las razones de la desnaturalización de los contratos de trabajo del Régimen Laboral del DL 728, analizando además la normatividad laboral nacional.

En este artículo se llega a las siguientes conclusiones: 1) La regulación en la normatividad laboral de causas de conversión de un contrato modal en uno indefinido, surge de la necesidad de evitar el uso y abuso de una forma excepcional o atípica de contratación frente a la contratación a tiempo indeterminado; y de la estricta aplicación del Principio de Primacía de la Realidad. Siendo los contratos de trabajo por esencia de prestaciones de tracto sucesivo y

con ánimo de continuidad, la legislación busca dar mayor protección y preferencia a los contratos a tiempo indefinido.

2) En el caso peruano, los cambios producidos en el régimen de protección contra el despido a partir de los recientes fallos del Tribunal Constitucional, y el temor de regresar a un régimen de estabilidad laboral absoluta, puede motivar a que los empleadores opten en forma indiscriminada por la contratación de personal a través de la utilización de los contratos modales.

3) De estar ante causas de desnaturalización, los trabajadores afectados, con la expectativa de obtener un fallo que los reponga, podrían acudir al Poder Judicial para lograr dicha protección.

4) No es extraño conocer de acciones de amparo – con los problemas que conlleva carecer de etapa probatoria – en las cuales, bajo el sustento legal de la desnaturalización del contrato, los trabajadores vienen solicitando.

(Paredes, J. 2012), “Estabilidad Laboral”, mediante este artículo el autor hace un análisis sobre la estabilidad laboral peruana, su regulación legal tanto nacional e internacional, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre dicho tema, la regulación en el proyecto de la ley general del trabajo, y nuestras propuestas a fin de mejorar esta institución en el Perú.

(Carhuatocto, H. 2011). “La utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito del derecho laboral”, tesis para obtener el grado de doctor en derecho; tiene como problemática la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el campo laboral, he intentara proponer soluciones a esta problemática. Por otra parte, el trabajo encuentra su justificación en la necesidad de trabajos jurídicos que analizan la problemática del abuso de la persona jurídica en el sector laboral en el ámbito nacional por el alto el interés social que existe por dar solución a uno de los más conocidos y a la vez impunes mecanismos de defraudar créditos laborales, teniendo como objetivos i) Determinar si la legislación nacional vigente regula adecuadamente la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el

ámbito laboral. ii) Proponer se proscriba expresamente la utilización fraudulenta de la persona jurídica cuando afecte a los trabajadores. Y el autor planteó La hipótesis con la que trabajaremos será por tanto “la utilización fraudulenta de la persona jurídica no se encuentra adecuadamente regulada en el ámbito laboral”.

Llegando el autor a las siguientes conclusiones: 1) La historia del derecho da cuenta del nacimiento, formación y evolución de la persona jurídica, cuya característica más emblemática es su autonomía formal (subjektividad), y la responsabilidad limitada. El capítulo II, enfoca su atención, sobre la persona natural o jurídica (controlante) que tiene el control de la persona jurídica, sea por un vínculo de derecho o, de hecho, y la responsabilidad que deben asumir por el ejercicio de dicho poder, especialmente porque con su conducta no sólo pueden afectar intereses patrimoniales de acreedores del ente colectivo sino derechos fundamentales e incluso el destino del país. Ello es todavía más importante de cara a los fenómenos de las personas jurídicas vinculadas, y los grupos de personas jurídicas, insuficientemente regulados en el derecho laboral.

2) La utilización fraudulenta de la persona jurídica se da en múltiples escenarios, apareciendo como mecanismo para vulnerar derechos fundamentales, relacionada con las falsas comunidades indígenas, con la problemática de la actividad de explotación máquinas tragamonedas, en los procesos de amparo, relacionado con la afectación a la soberanía nacional, en el ámbito del control de los poderes del Estado, en el caso de la evasión tributaria y lavado de activos, partidos políticos y corrupción de funcionarios, así como en el campo del derecho al consumidor, entre otros. Este análisis exploratorio nos permite concluir que el fenómeno bajo estudio es complejo y amplio, y requiere de una profundización por cada caso, y que la presente investigación solamente se adentrara en los casos específicos de la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito del derecho laboral, sin pretender agotar el tema.

(Aguinaga, J. 2011), en su artículo titulado Repaso Crítico a la Historia de la Reposición por Despido Incausado y por Despido Fraudulento, publicado en la Revista IUS- Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. El autor analiza, la

reposición por despido incausado y despido fraudulento a raíz de las sentencias 1124-2001-AA/TC; 976-2001-AA/TC; y el precedente vinculante STC 206-2005-PA/TC. Indicando que en esta última sentencia se ordenó que la reposición también se viera en la vía ordinaria siempre que presentara exigencias probatorias. Sin embargo, la falta de norma sustantiva para el despido incausado y fraudulento, produjo practica diversa en las distintas cortes superiores. Es en el 2009 que surge el Pleno Regional Laboral, celebrado en Chiclayo, el cual confirma la reposición en vía ordinaria para los casos de despido fraudulento con exigencias probatorias, seguida por la aparición de la Nueva Ley Procesal Laboral, es con la aparición del Pleno Laboral Supremo 2012, el cual también permite la reposición en dichos casos, pero que es produce muchas dudas por su poca claridad.

La posición de autor es la siguiente: 1) El surgimiento del despido incausado, y del despido fraudulento fue secuencial. El primero aparece con la STC 1124-2001-AA/TC3 [El famoso “Caso Telefónica”], la cual al criticar la incompatibilidad del art. 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral [D.L. N° 728 - o LPCL] con la Constitución Política. Indica además que en el fundamento 15 c) de la sentencia de la STC. 976-2001-AA/TC [Caso Llanos Huasco], aparece por primera vez el despido fraudulento, el cual se produce: si “se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad.

2) En la STC 206-2005-AA/TC-Caso Baylón Flores, en la cual se dispone el tratamiento del despido fraudulento, en vía ordinaria cuando estos presenten exigencias probatorias, con el objeto de obtener la restitución en el empleo. Todo esto por las siguientes razones: 1) El fundamento 5 del precedente Baylón flores, hace referencia a que los jueces ordinarios son los primeros guardianes de la Constitución, conforme su artículo 138; 2) Además el fundamento 8 establece que

para el despido fraudulento "...sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.

3) El autor cita como ejemplo 1) En Chiclayo, los jueces promovían la canalización de las demandas por despido incausado y fraudulento, mediante alguno de los supuestos del artículo 29 LPCL⁸, es decir, los abogados nunca demandaron despido fraudulento, sino despido nulo, siendo alguno de los literales más usados el c) "Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25.

1.2. REALIDAD PROBLEMATICA.

Actualmente existe dentro del marco de las legislaciones laborales una significativa confusión con relación a la naturaleza jurídica del vínculo existente entre una persona que presta un servicio personal y aquella que lo contrata. Es por ello que la presente investigación tiene como título: La desnaturalización e ineficacia del contrato laboral de los trabajadores de la administración privada sujetos a modalidad por fraude y simulación en la región san Martín periodo 2015 – 2017.

Con los nuevos avances que se produce en la actualidad hace también que aparezcan ideas buenas en cuanto persigan finalidad lícita, pero cuando nos referimos a las relaciones laborales afloran los ingenios para evitar la aplicación de la ley laboral, es decir surge una conducta escapista del sistema laboral para valerse de otras figuras ilícitas, con el sólo propósito de simular relaciones jurídicas entre empleador y trabajador.

El objeto de simular las relaciones laborales, con apariencia jurídica civil o mercantil, es sencillamente, la intervención de evadir el cumplimiento de la

legislación laboral para disminuir costos y aumentar ganancias, al evadir el pago de prestaciones sociales mínimas.

En los años noventa y en la primera década del siglo XXI, en América Latina se experimentó por efecto directo de una economía globalizada, procesos de flexibilidad laboral. Para la OIT (Organización Internacional del Trabajo), la reforma laboral que se hizo en el Perú en la década del noventa que buscó la flexibilización, fue la más agresiva de la región.

En el Perú, con la promulgación del Decreto Ley 18138 que data de los años setenta, se busca variar de manera excepcional la estabilidad laboral, ya en 1991 con la dación de la Ley de Fomento del Empleo el 8 -11-1991, se introdujeron mecanismos de flexibilización laboral externa regulando en un título completo todos los contratos de trabajo sujetos a modalidad, es así que la legislación nacional, como la hace también la comparada, ha reconocido supuestos en los cuales a pesar que las partes hayan celebrado un contrato de trabajo sujeto a modalidad, éste se puede “convertir” en un contrato de trabajo a tiempo indeterminado, y obtener con ello la protección que tal contrato concede. En tales casos estamos ante una desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad. Cuando se califica que estamos ante una simulación o fraude en la contratación, es afirmar que, si bien se ha cumplido con las formalidades de una contratación modal, estamos por su naturaleza jurídica frente a un contrato a tiempo indeterminado.

Es evidente que resulta muy difícil acreditar al momento de la celebración del contrato modal o de su redacción, que éste obedece a una simulación o fraude; sin embargo, mientras se vaya prestando el servicio podría probarse dicha desnaturalización. La causa invocada en el contrato puede obedecer a una modalidad recogida en la ley, pero la prestación que realiza el contratado es distinta a la pactada y de naturaleza indeterminada.

En el caso de fraude laboral, existe una tendencia generalizada a evadir el cumplimiento de la legislación tuitiva, máxime cuando su inoperatividad e irrenunciabilidad, unidas a los costos de las cargas sociales, son un acicate para intentar violarla.

Para la simulación laboral, es hacer aparecer un contrato de trabajo modal, cuando su finalidad es otra, lo que viene a ser un fraude laboral.

Es por lo antes expuesto, que nace la presente investigación, con lo que se busca analizar las causas que originan la desnaturalización del contrato laboral sujeto a modalidad por fraude y simulación y poder proponer alternativas de solución, mediante el conocimiento de legislaciones comparadas, tratados y convenios internacionales referente al trabajo y derecho laboral.

1.2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema de la presente investigación radica principalmente en que los contratos laborales sujetos a modalidad se desnaturalizan bajo las figuras de la simulación y el fraude laboral esto con el fin de evadir el cumplimiento de la legislación laboral para disminuir costos y aumentar ganancias para sus empresas.

La desnaturalización en este tipo de situaciones se da cuando un contrato modal pierde su naturaleza y obtiene características propias de otro contrato, por lo cual el objeto de simular las relaciones laborales, con apariencia jurídica civil o mercantil, es sencillamente el evadir el pago de prestaciones sociales y que el trabajador no obtenga una estabilidad laboral, y en el caso de fraude laboral, existe una tendencia generalizada a evadir el cumplimiento de la legislación tuitiva, máxime cuando su inoperatividad e irrenunciabilidad, unidas a los costos de las cargas sociales, son un acicate para intentar violarla.

1.2.2. FORMULACION DEL PROBLEMA

¿De qué forma la correcta aplicación del artículo 77° del TUO del D.S. 728, dará una mejor solución a los casos de desnaturalización e ineficacia de los contratos laborales de la administración privada sujetos a modalidad por fraude o simulación?

1.3. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

Esta investigación se justifica en que las empresas privadas al contratar a los trabajadores bajo contratos modales; y desnaturalizar los contratos bajo el fraude y la simulación, estas están violentando e inaplicando lo establecido en la Constitución, la Ley de Productividad Laboral, además esta investigación es importante porque va a permitir que la sociedad conozca y haga respetar sus derechos laborales, creando así un antecedente para que las empresas privadas en la región San Martín respeten la legislación laboral, evitando con ello la desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad, pues supone que dichas modalidades llegan a ser utilizadas de distinta naturaleza, ocurriendo cuando el empleador en un intento de desligarse de sus responsabilidades para con el trabajador opta por maniatar a sus trabajadores, al momento de la suscripción de los contratos de trabajo.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral D.L 728, en su búsqueda por lograr aparecer garantías a favor del trabajador, ha incorporado una serie de medidas con el objetivo de evitar que sus disposiciones sean empleadas en perjuicio del trabajador impidiendo con ello que las prestaciones laborales que caracterizan a relaciones transitorias de trabajo sean modificadas maliciosamente en prestaciones que, materialmente, caracterizan a relaciones jurídico-laborales permanentes, debido a la desnaturalización, que se presenta cuando uno de los supuestos establecidos en la ley se encuentra evidenciada en determinados casos, o cuando se llega a verificar la falta de algún específico requisito legal.

En tal sentido, es fundamental el empleo del Principio de Primacía de la Realidad, pues al aplicar tal principio, como señala Toyama, “importa un procedimiento y una consideración probatoria”, por tanto, la desnaturalización es “la aplicación automática de los supuestos previstos en las normas legales.

Del estudio y conocimiento del ordenamiento jurídico nacional, se ha logrado establecer que la presente investigación encuentra razón de ser en el Art 74 y 77 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, además de realizarse el análisis de la normatividad internacional.

1.3.1. Aspecto Dogmático:

Porque nos va a permitir analizar y explorar las diversas tendencias existentes en cuanto al tratamiento de criterios que deben tomar en cuenta al momento de la aplicación del artículo 77° del TUO del D.S. 728 en los casos de desnaturalización e ineficacia de los contratos laborales de la administración privada sujetos a modalidad por fraude o simulación, desde una perspectiva doctrinal, amplia, profunda y suficientemente autorizada por connotados tratadistas nacionales y extranjeros lo que va a orientarse en dotar a nuestra Tesis de los adecuados fundamentos para llegar a conclusiones lo suficientemente autorizadas en cuanto a la materia investigada; ya que existe discordancias normativas entre las normas públicas y privadas como la ley de negociación colectiva y la ley de presupuesto general de la república.

1.3.2. Aspecto Empírico:

Desde este enfoque se justifica porque al revisar y analizar sus objetivos y conceptos referidos a la correcta aplicación del artículo 77° del TUO del D.S. 728 en los casos de desnaturalización e ineficacia de los contratos laborales de la administración privada sujetos a modalidad por fraude o simulación, así mismo se podrán aportar lineamientos y recomendaciones que contribuyan al mejoramiento y desempeño en forma eficiente de los operadores jurídicos.

1.4 . HIPOTESIS.

Hi: “Si se realiza una correcta aplicación del artículo 77° del TUO del D.S. 728, (el mismo que establece que un contrato sujeto a modalidad se considera de duración indeterminada... d) cuando exista simulación o fraude), entonces, se podrá dar solución a los casos de desnaturalización e ineficacia de los contratos laborales de los trabajadores de la administración privada sujetos a modalidad por fraude y simulación”.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 Objetivo General.

Determinar en qué medida la correcta aplicación del artículo 77° del TUO del D.S. 728, dará una mejor solución a los casos de desnaturalización e ineficacia de los contratos laborales de la administración privada sujetos a modalidad por fraude o simulación.

1.5.2. Objetivos específicos.

- a) Precisar la desnaturalización e ineficacia de los contratos laborales de la Administración privada.
- b) Determinar los casos de fraude y simulación en los contratos laborales que vulneren los derechos de los trabajadores en la región San Martín.

1.6 VARIABLES.

1.6.1. Variable independiente.

El contrato laboral de los trabajadores.
Análisis del artículo 77° del D.S. N° 728.

1.6.2. Variable dependiente.

El fraude y la simulación en la Administración privada

MARCO TEÓRICO

CAPITULO I

1. EL DERECHO LABORAL Y EL CONTRATO DE TRABAJO

1.1. El derecho laboral y su fundamentación constitucional.

(CONDEZO, M. 2012) El fundamento constitucional del derecho al trabajo, se encuentra en el artículo 22º de la Constitución Política de 1993, por lo cual queda establecido que el trabajo más que un deber es un derecho que dignifica a la persona como pieza fundamental de la sociedad y sujeto de protección por parte de Estado.

(CONDEZO, M. 2012) citando a Bomfim, V señala que el Derecho del Trabajo: “Es el conjunto de principios y normas que rigen las relaciones principalmente inmediata o mediatamente relacionados con el trabajo remunerado, libre, privado y subordinado, y también aspectos relativos a la existencia de los que la ejecutan”.

(García, 2012) citando a Urbina indica que El derecho del trabajo es el conjunto de principios, normas e instituciones que protegen, dignifican y tienden a reivindicar a todos los que viven de sus esfuerzos materiales e intelectuales, para la realización de su destino histórico: socializar la vida humana.

Para (García, 2012) Las normas del derecho del trabajo tienen por objeto establecer beneficios para los trabajadores. Se considera un derecho de protección a un grupo socialmente débil, a la más castigada por la economía; por lo tanto, el Estado debe protegerla creando normas jurídicas compensatorias que contengan las garantías elementales, es decir, un trabajo digno y decoroso, un salario remunerador, certidumbre en el empleo, jornada de trabajo legal, entre otras garantías a que todo trabajador tiene derecho. Las normas jurídicas laborales tienen como objetivo primordial dignificar la actividad de la clase trabajadora, reivindicándolo.

1.1.2. Contenido del derecho laboral.

Según la sentencia STC N° 1124-2001-AA/TC el Tribunal Constitucional señala dos aspectos importantes que constituyen el contenido esencial de este derecho: “El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa”. De lo expuesto se deduce que el Estado tiene el deber de proporcionar los medios necesarios para que los ciudadanos puedan acceder a un puesto de trabajo digno y que además goce de cierta estabilidad laboral, por lo que ante situaciones de despido sin justificación alguna es necesaria la presencia de Estado.

Asimismo, el mismo colegiado ha señalado que “se afecta al contenido esencial del derecho del trabajo cuando a una trabajadora pública, que gozaba de estabilidad laboral, se le despide sin la observancia del procedimiento establecido por la legislación laboral de los trabajadores públicos” (STC N° 0661-2004-AA/TC.) En efecto, al ser despedido sin mediar causa alguna o no haber señalado las causas de despido prevista en la norma evidentemente se está vulnerando el derecho al trabajo.

(García, 2012) Los derechos contenidos en los ordenamientos laborales son de carácter irrenunciable; bajo ninguna circunstancia los trabajadores podrán ser privados de ellos, incluso aunque ellos lo acepten, ya sea de manera expresa o tácita, puesto que les pertenecen legítimamente. Además, el Estado tiene la obligación de crear las instituciones y medios de defensa apropiados para que los trabajadores recurran a ellos para defender sus derechos en caso de ser violentados.

El derecho del trabajo es un derecho irrenunciable, por lo que se refiere a los beneficios que otorga a los trabajadores, e imperativo, por cuanto sus disposiciones deben ser cumplidas inexorablemente por los patrones.

1.1.3. Principios constitucionales del derecho laboral.

(Pasco, M. 2000) “El elemento esencial de las relaciones de trabajo es la subordinación que otorga al patrono un conjunto de facultades, atributos o poderes (normativos, directrices y disciplinarios) y el establecimiento al laborante,

de un conjunto de deberes (de cumplimiento, asiduidad, eficiencia, respeto, etc.); esta es precisamente la entraña del contrato de trabajo y el rasgo diferencial de las prestaciones del servicio de carácter civil.

En ese contexto, es evidente que el trabajador se encuentre situado en una relación de inferioridad e inequidad subjetiva; ello dado que recibe órdenes, instrucciones y directivas, amén de encontrarse con peligro a ejecutarlas.

Dicho marco revela la impronta de la naturaleza, alcances y contenido de los principios constitucionales laborales.

Denominase como tales a aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa e indirecta en la solución de conflictos sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativa.

a) Indubio Pro Operario.

Hace referencia a la traslación de la vieja regla de derecho Romano Indubio pro reo. Se exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Se explica esta regla en el afán de contribuir en la búsqueda del equilibrio de la relación laboral, la misma que por razones obvias se encuentran en poder del empleador.

La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica.

La aplicación del principio Indubio pro operario surge como consecuencia de un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación más no de integración normativa.

Pasco, M consigna que la aplicación de este principio debe ajustarse a los siguientes dos requisitos:

- Existencia de una duda insalvable o inexpugnable.

- Respeto a la *ratio juris* de la norma objeto de interpretación (para tal efecto, el aplicador del derecho deberá asignarle un sentido concordante y compatible con la razón de ésta).

Debe dejarse constancia de que este principio no puede oponerse al otorgamiento de un derecho que hubiere sido expresamente previsto por el legislador. Sólo tiene validez cuando se trata de optar entre varias posibilidades surgidas de la fórmula normativa, pero jamás para suplir la voluntad del legislador.

b) **La igualdad de oportunidades de acceso al empleo**

Hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral.

En puridad, ella plantea la precisión de la isonomía que prevé el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, en donde se declara:

“Nadie debe ser discriminada por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Esta regla de paridad asegura la igualdad de oportunidades en lo relativo al acceso al empleo.

Debe advertirse que la Constitución de 1993 ha recortado los alcances de este principio, ya que el texto fundamental anterior recogía también la noción de igualdad de trato, o sea, aquella que operaba en el ámbito de la ejecución del trabajo.

c) **La irrenunciabilidad de derechos**

Hace referencia a la regla de no revocabilidad de los derechos otorgados al trabajador o conquistados por él.

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia sería nula y sin efecto legal alguno.

Debe señalarse que la Constitución vigente restringe los alcances de este principio originariamente previsto en la Constitución de 1979.

Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2 del artículo 26 de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos “derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo.

Ahora bien, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma taxativa o dispositiva, ante lo cual la irrenunciabilidad es solo operativa en el caso de la última de las citadas.

La norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad. El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral.

Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia o no conveniencia de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual.

Al respecto, es citable el caso del derecho a vacaciones contemplados en el decreto legislativo N° 713, en donde se establece que el trabajador tiene derecho a treinta días naturales de descanso remunerado al año, y dentro de ese contexto por la prerrogativa de la voluntad establecida en dicha norma, este puede disponer hasta de veintitrés días para continuar prestando servicios a su empleador, a cambio de una compensación extraordinaria. Por ende, tiene la capacidad autodeterminativa de decidir sobre aquello.

La norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito el trabajador no puede “despojarse”, permutar o renunciar a los beneficios, facultades, atribuciones, etc., que le concede la norma.

La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas, que por tales son de orden público y vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral.

Es conveniente consignar que una norma jurídica puede contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas.

La irrenunciabilidad de los derechos se extienden incluso más allá de la conclusión de la relación laboral, en tanto no se haya cumplido con hacerlos efectivos. (Ferreyro, R).

1.1.4. Condiciones o elementos.

(Zabaleta, E. 2008) Las condiciones de trabajo, hacen referencia, al conjunto de prestaciones, beneficios y derechos a que se obligan recíprocamente los sujetos de la relación de trabajo y con sujeción a las cuales se desenvuelven todas las relaciones individuales de trabajo vigentes en un centro de producción. Estas condiciones o elementos, por consiguiente, no pueden dejarse a discreción patronal o al acuerdo de voluntades de las partes, ya que por el principio de orden público que caracteriza al derecho del trabajo, este actúa como limitante de la autonomía de la voluntad y las relaciones de trabajo, deben sujetarse a sus regulaciones.

Las condiciones de trabajo, entonces, abarcan las actividades o atribuciones que se encomiendan al trabajador; las directrices, ordenes o instrucciones necesarias para el cumplimiento debido; el horario en que el trabajador permanece a las órdenes del patrono; el lugar de trabajo; y todos los beneficios sociales y económicos a que el trabajador tiene derecho en compensación por la prestación de los servicios laborales, que se refieren desde el salario y ventajas económicas derivadas de la relación de trabajo, hasta la seguridad e higiene en el trabajo y la seguridad social.

Las condiciones de trabajo se clasifican en tres categorías: “La primera es de naturaleza individual, pues se forma con las normas sobre las condiciones que deben aplicarse a cada trabajador, muchas de las cuales se dirigen a la preservación de la salud y la vida, como las reglas de la jornada máxima, pero tienen como finalidad suprema el aseguramiento de un ingreso que permita un nivel económico decoroso. La segunda es de naturaleza colectiva, y tiene como objetivo la adopción de medidas preventivas de la salud y la vida de los hombres. Y la tercera, que es también de naturaleza colectiva, comprende las prestaciones

llamadas sociales, que se disfrutan en forma conjunta como un centro de recreo, asistencial o una biblioteca.

1.1.5. Contrato de trabajo.

1.1.5.1. Definición de los elementos intervinientes en un contrato de trabajo.

a) Concepto de trabajador.

(Nájera, 2009) A la persona que presta un servicio a otra se le ha denominado de diversas maneras: obrero, operario, asalariado, jornalero, etc. El trabajador siempre será una persona física. Esto significa que nunca podrán intervenir en una relación de trabajo en calidad de trabajadores, las personas jurídicas o morales, sino exclusivamente las personas físicas; es decir seres humanos, individuos de carne y hueso. Esa persona física ha de prestar un servicio a otra persona física o moral. El servicio del trabajador ha de prestarse a una persona física o moral.

b) Concepto de empleador.

(Nájera, 2009) A la persona que recibe los servicios del trabajador también se le conocen con diversas denominaciones, encontrándose entre otras, las de empleador, patrono, patrón, empresario, etc.

La empresa coordina y organiza a las personas, los objetos y los recursos económicos que hacen posible la producción. Los trabajadores y los patrones no son entes independientes y encontrados, sino integrados en una condición productiva común.

(Nájera, 2009) citando a (UNITEC 2002:51) La empresa surge cuando se aportan todos los factores de la producción: bienes, trabajo, coordinación y entre todos logran producir. De esta manera un grupo aporta el capital, otro el trabajo, y el empresario, quien se personifica en el director general, subdirectores y gerentes, tiene la función y la responsabilidad de coordinar y organizar a estos grupos para lograr la mayor producción con el menor esfuerzo.

c) Relación de trabajo.

(García, 2012) La Relación de trabajo es una noción jurídica de uso universal con la que se hace referencia a la relación que existe entre una persona, denominada el asalariado y otra persona denominada empleador. Es mediante la relación de trabajo, independientemente de la manera en que se haya definido, que se crean derechos y obligaciones reciprocas entre el empleado y el empleador. Si la relación de trabajo fue continua esto es el principal medio del que pueden servirse los trabajadores para acceder a los derechos y prestaciones asociadas con el empleo en el ámbito del derecho del trabajo y la seguridad social. Es el punto de referencia fundamental para determinar la naturaleza y la extensión de los derechos de las empresas, como también de sus obligaciones respecto de los trabajadores.

d) Salario.

(Nájera, 2009) La conclusión general es que el salario se integra con una prestación en efectivo y con otra u otras en especie; de ahí que se usen frecuentemente los términos salario en efectivo y salario en especie, o bien, prestaciones en efectivo y prestaciones en especie. Partiendo de estas denominaciones podemos decir que el salario en efectivo es el que consiste en una suma determinada de moneda de curso legal, y que el salario en especie es el que se compone de toda suerte de bienes, distintos de la moneda, y de servicios que se entregan o prestan al trabajador por su trabajo.

Por su parte, (Dávalos, 2005) considera que el salario puede entenderse como una prestación económica, cuya cantidad mínima debe cubrirse en efectivo y que puede integrarse mediante prestaciones en especie.

Asimismo, nos menciona cuales son los atributos del salario.

- a) Debe ser Remunerador. Dentro de las primeras características del salario está que debe ser remunerador, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo. Ningún trabajador puede recibir un salario inferior al mínimo general o profesional, cuando trabaje la jornada legal máxima.
- b) Equivale al mínimo cuando menos.

- c) Suficiente. La suficiencia debe ser considerada como una nota esencial de la retribución.
- d) Debe ser determinado o determinable.
- e) Debe cubrirse periódicamente.
- f) Debe pagarse en moneda de curso legal. El salario en especie debe ser proporcional y apropiado al que se pague en efectivo. Las prestaciones en especie deben ser apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, y razonablemente proporcionadas al monto del salario que se pague en efectivo.

e) Concepto de contrato de trabajo.

Las definiciones en la doctrina sobre el concepto de contrato de trabajo son múltiples. Al respecto (Cabanellas, 2005) sostiene que el contrato de trabajo es aquel que tiene por objeto una “prestación continuada de servicios privados y con carácter económico, por el cual, una de las partes da una remuneración o recompensa, a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección de la actividad profesional de otro”.

En el Perú, partiendo de la definición legal, el Contrato de Trabajo es un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados. Al respecto, precisa (Toyama, 2008), “el acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes”.

A nivel legislativo, el art. 4 de la (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997), establece que el contrato de trabajo es “toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados”. Dicha norma precisa que este contrato:

“Puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”.

1.1.5.2. Efectos de la contratación temporal en el mercado de trabajo.

Se deduce que el término “contratación temporal” tiene por lo menos dos significados, por lo que habrá de diferenciarlos a fin de evitar equívocas interpretaciones. Por contratación estrictamente temporal entendemos los contratos temporales que operan en las actividades temporales o en las necesidades transitorias de las empresas, vale decir por ejemplo contrato de obra o servicio específico. De otro lado, por contratación temporal desvirtuada entendemos los contratos temporales que actúan, por acción del legislador, en actividades permanentes o estables de las empresas, tal como ocurre paradigmáticamente con el contrato por inicio o incremento de actividad o con el de reconversión empresarial. Nótese, en los primeros la naturaleza temporal proviene de la propia tarea o actividad, mientras en los segundos la temporalidad recae en el contrato por decisión del legislador.

La causa de la contratación estrictamente temporal siempre será la necesidad empresarial de actividades a plazo fijo. Sin embargo, antes de abordar los efectos de la contratación temporal en el mercado de trabajo, es preciso atender al hecho de que las causas de la contratación laboral desvirtuada han sido muchas y de muy variado corte. Se ha buscado reducir el desempleo con la creación de más puestos de trabajo, propiciar la transferencia de las personas ocupadas en actividades rurales de baja productividad hacia otras actividades de mayor productividad (artículo 1.b de la LPCL), incentivar la introducción de nueva tecnología en las empresas (artículo 2 LPCL) e incluso se ha buscado reducir la informalidad contractual ofreciendo a los empresarios tipos contractuales menos gravosos que el contrato por tiempo indeterminado. Lo cierto es que ninguno de estos bondadosos objetivos ha sido alcanzado en el Perú, porque la legislación laboral es sólo una parte de la política pública de empleo. Desde nuestro punto de vista, junto a la decisión de ampliar el terreno de acción de la contratación temporal eran necesarias otras acciones estatales de tipo económico y político (por ejemplo, beneficios tributarios por la creación de nuevos empleos, búsqueda de nuevos mercados en el exterior, importación de maquinaria de última generación a bajo costo, etc.). (García Piqueras, 1995)

(Moreno Perez, 1996) Es cierto que, entre todas las causas, mencion aparte merece la necesidad de flexibilidad en la gestión empresarial para poderse adecuar de mejor manera a la fluctuación de la oferta y la demanda en el mercado. Aquí, la cuestión estriba en determinar qué tipo de flexibilidad se requiere para que las empresas se adapten mejor al mercado sin asumir grandes perjuicios económicos. A pesar de que las empresas requieren en mayor medida de reconversiones en sus procesos y en su maquinaria tecnológica (flexibilidad cualitativa) como instrumentos más eficaces para enfrentar los actuales niveles de competencia, la legislación ofreció básicamente facilidades para la adecuación numérica de los trabajadores (flexibilidad cuantitativa) a las necesidades de la empresa. El error de comprensión del tipo de flexibilidad requerida acarreó un sobredimensionamiento del poder de dirección empresarial a efectos de contratar y expulsar arbitrariamente la mano de obra a su cargo.

(Campana & Prella, 2000) Manifiesta que, al margen del éxito o fracaso de los objetivos perseguidos por la contratación temporal en las actividades permanentes de las empresas, los efectos de aquélla sobre el mercado de trabajo se traducen principalmente en una marcada segmentación de la clase trabajadora. Los contratos de trabajo sujetos a modalidad, para utilizar la expresión de la ley peruana que mezcla los contratos estrictamente temporales y los contratos temporales desvirtuados, han venido a crear distintos niveles de protección respecto de los contratos indefinidos. Es cierto, que un trabajador contratado a plazo fijo puede tener una remuneración superior a la de un trabajador a plazo indeterminado, pues todo dependerá de las características concretas de la prestación de servicios. Sin embargo, lo más frecuente es que por su propia situación de desempleado, el trabajador acepte condiciones inferiores a las que le corresponden. Aún más, los beneficios de carácter económico acumulables por el transcurso del tiempo difícilmente serán percibidos por prestaciones de servicios de tiempo limitado, por cuanto en teoría cada contrato representa un vínculo jurídico distinto.

De otra parte, no se puede admitir que todos los efectos de la contratación temporal recaigan en una supuesta precariedad económica. Me parece que la precariedad también alcanza al puesto de trabajo. La excesiva temporalidad conlleva una dinámica de rotación de mano de obra que pone en riesgo, a

menudo, la integridad o la vida del trabajador. La necesidad de cambiar de trabajo permanentemente cede el paso a la impericia y, por ende, a los accidentes de trabajo.

(Baylos Grau, 1996) Precisa que, a estos efectos, hay que sumar también lo complejo que es el efectivo goce de los derechos fundamentales para los trabajadores temporales. Sobre todo, en lo que toca a los llamados derechos colectivos. La inestabilidad en el empleo produce efectos devastadores sobre la acción sindical a corto y a largo plazo. Como se ha dicho, “la temporalidad drena la conciencia sindical, fragmenta la colectividad de los trabajadores, mutila las acciones sindicales y debilita al sindicato o, vista la cuestión desde otro ángulo, fortalece el control empresarial no sólo en la concreta organización productiva, sino además en el más amplio espacio de las relaciones sociales de poder”. Además, la amplia gama de contratos temporales genera una pluralidad de intereses dentro de la misma clase trabajadora que impide la representación unitaria desde el órgano sindical. Ocurre, pues, que la pérdida de identidad colectiva dificulta la articulación de una representación colectiva al interior de la empresa realmente eficiente.

Según (Monereo Perez, 1996) estos son, entre otros, los efectos jurídicos de la temporalidad que cada día empujan más hacia la precariedad y la fragmentación de la clase trabajadora, convirtiéndose por ende en un fuerte obstáculo a la concreción de los fines protectores e integradores que guarda en su seno la función histórica del Derecho del Trabajo.

1.1.5.3. Límites sustantivos a los contratos sujetos a modalidad.

Dado que la contratación temporal ha de entenderse excepcional respecto de la contratación por tiempo indefinido, en atención a la proyección que tiene el derecho al trabajo sobre las relaciones laborales, y dado que la contratación temporal debería confinarse a actividades transitorias, también en atención al mismo mandato constitucional, empezaremos analizando las exigencias sustantivas que el legislador impone a la contratación temporal. Obviamente, luego de hacer un somero análisis de estas exigencias, se pasará a evaluar la transformación del contrato en indefinido como consecuencia de un eventual

incumplimiento tanto del objeto como de la duración del contrato sujeto a modalidad.

1.1.5.4. Clases de contratos.

a) Contratos de trabajo a plazo indeterminado.

(García, 2012) Es el contrato que se conoce comúnmente como de planta o de base: tiene fecha de inicio, pero no de término y se presume que es por un periodo de tiempo largo.

b) Contratos de trabajo a plazo determinado.

(García, 2012) Es el contrato por virtud del cual se establece en forma precisa la fecha de su duración, entendiendo que tiene fecha de inicio y de término; solamente existirá cuando la naturaleza del trabajo así lo exija: es el caso de todos los trabajos temporales, promocionales, etc., o bien, se estipula cuando se pretenda sustituir temporalmente a un trabajador por alguna licencia, vacaciones, incapacidades, etc.; por último, surge cuando lo prevea la ley, con la salvedad de que, si subsiste la materia de trabajo o, bien, se permite al trabajador más tiempo que el pactado, se entenderá como prorrogado el contrato por tiempo indefinido.

c) Contratos de trabajo a tiempo parcial.

Son una prestación regular o permanente de servicios, pero con una dedicación “sensiblemente inferior a la jornada ordinaria de trabajo” (García, 2003). El contrato de trabajo a tiempo parcial, es aquella actividad laboral subordinada por la que las partes acuerdan que la labor que desarrollará el trabajador, según puntualiza (Gómez, 2000), “será inferior a la jornada diaria legal, a la semanal, mensual o anual de trabajo impuesta en un determinado centro de trabajo”.

CAPÍTULO II

2. DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

(Servat, R. 2005) en el artículo titulado Causas de Desnaturalización de los Contratos de Trabajo sujetos a modalidad en la Legislación Peruana, establece que las causales de desnaturalización de los contratos de trabajo recogidos en forma taxativa en la LPCL, parten siempre de la existencia formal de un contrato de trabajo modal que luego de su celebración se convierte (desnaturaliza) en un contrato a tiempo indeterminado.

Por esta razón no habría desnaturalización cuando un trabajador ha sido contratado mediante un contrato a tiempo indeterminado y luego de iniciar la prestación de sus servicios, el empleador celebra con el mismo un contrato modal. En este supuesto, siendo dicha contratación de carácter formal, y habiéndose celebrado con posterioridad al inicio de la relación laboral, ya estábamos por aplicación del artículo 4 de la LPCL ante un contrato a tiempo indeterminado, por lo que no tiene efecto el contrato suscrito.

(Ponce, D. 2014) En la legislación, también se establece, la desnaturalización del contrato de trabajo sujetos a modalidad, pues supone que tales modalidades de contratación llegan a ser utilizadas para labores de distinta naturaleza. Tal hecho ocurre cuando el empleador en un intento de desligarse de sus responsabilidades para con el trabajador, opta por maniatar a sus trabajadores, al momento de la suscripción de los contratos de trabajo.

Además, se pueden celebrar contratos sujetos a modalidad con una jornada laboral a tiempo parcial, así, también lo que expone el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

En cambio, (García Granara. 2003); citado por (Ponce, D. 2014) señala que

“la contratación por tiempo parcial en el Perú tiene una regulación escasa y deficiente”.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral-LPCL en su búsqueda por lograr aparecer garantías a favor del trabajador, ha incorporado una serie de medidas con el objetivo de evitar que sus disposiciones sean empleadas en

perjuicio del trabajador. Impide que prestaciones laborales que caracterizan a relaciones transitorias de trabajo sean modificadas maliciosamente en prestaciones que, materialmente, caracterizan a relaciones jurídico-laborales permanentes.

2.1. Regulación.

La desnaturalización del contrato de trabajo ha sido reconocida por diversas legislaciones en el mundo, concretamente por la legislación laboral peruana, pues éste concepto se regula en el art. 77, inc. a, b, c, d, y en el art. 78 del (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997).

En lo relativo al art. 77 del (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997), establece que los contratos de trabajo que se encuentran sujetos a modalidad, producto de su desnaturalización, “se considerarán como de duración indeterminada” en los siguientes supuestos:

- a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido.
- b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación.
- c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando.
- d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.”

En el art. 78 de la ley laboral citada, se fija que los trabajadores permanentes que cesen “no podrán ser recontratados bajo ninguna de las modalidades previstas en este Título, salvo que haya transcurrido un año del cese”.

Lo cual quiere decir que, en busca de evitar que el empleador transforme la contratación fraudulentamente, éste deberá dejar transcurrir un tiempo.

Dicha finalidad está sujeta a resguardar el derecho del trabajador de ser contratado nuevamente sin perjudicar sus beneficios y el derecho a la estabilidad (por un tiempo indefinido).

2.2. Las causales de desnaturalización.

Las causales de desnaturalización de los contratos de trabajo recogidos en forma taxativa en la LPCL, parten siempre de la existencia formal de un contrato de trabajo modal que luego de su celebración se convierte (desnaturaliza) en un contrato a tiempo indeterminado. Por esta razón no habría desnaturalización cuando un trabajador ha sido contratado mediante un contrato a tiempo indeterminado y luego de iniciar la prestación de sus servicios, el empleador celebra con el mismo un contrato modal. En este supuesto, siendo dicha contratación de carácter formal, y habiéndose celebrado con posterioridad al inicio de la relación laboral, ya estábamos por aplicación del artículo 4 de la LPCL ante un contrato a tiempo indeterminado, por lo que no tiene efecto el contrato suscrito.

Situación distinta a la detallada en el párrafo anterior es la nueva causal de desnaturalización que consagra el proyecto de Ley General del Trabajo, que se produce cuando la celebración del contrato no consta por escrito. Es decir, a pesar que se manifieste que la relación laboral es a tiempo determinado, no está por escrito, aplicándose la presunción legal hoy recogida en el artículo 4 de la LPCL.

Como lo hemos manifestado líneas arriba, siendo los contratos temporales o atípicos una excepción a la contratación laboral a tiempo indefinido, la legislación sanciona su indebida utilización a través de la figura de la desnaturalización. Analizaremos brevemente sus causales previstas en los artículos 77 y 78 de la LPCL. Cabe mencionar que las mismas – añadiendo la desarrollada en el párrafo precedente – han sido recogidas en el proyecto de Ley General del Trabajo, que habría merecido consenso tanto de los representantes de los trabajadores como de los empleadores en el seno del Consejo Nacional del Trabajo.

a) Prestación de labores después de vencido el plazo pactado o el límite legal (inciso a) del artículo 77° de la LPCL).

El Título II de la LPCL relativa a los contratos de trabajo sujetos a modalidad, establece en algunos contratos plazos máximos particulares, y cuando no hay éste, se aplica la duración máxima de cinco años. Este plazo legal máximo recogido en el 74 de la LPCL, también es válido para la celebración en forma sucesiva, con el mismo trabajador, de diferentes contratos modales.

Vencido el plazo pactado, y éste no es renovado por las partes, se produce automáticamente la extinción del vínculo laboral. Pero, si concluye el plazo y el trabajador sigue prestando servicios, al estar prohibida la renovación tácita del contrato 16 éste se desnaturaliza. Ate ello, podemos advertir que la razón temporal por lo cual se le contrató, si bien habría concluido, surgió otra necesidad – en este caso permanente – de continuar con los servicios del mismo; o simplemente interpretar que las partes optaron por convertir dicho contrato en uno indeterminado. Igual alcance se daría cuando vencido el plazo máximo - el particular del contrato o el legal de cinco años – el trabajador continuara prestando sus servicios.

No obstante que la legislación laboral peruana no exige el preaviso para que opere la finalización del contrato modal, resulta recomendable hacerlo, pues ello permite al trabajador tomar conocimiento en forma anticipada que su contrato no le será renovado, programando su salida y búsqueda de empleo, así como evitar que el empleador sea sorprendido con su presencia – o eventual registro de ingreso después de vencido el plazo – que luego pueda generar incertidumbre ante una demanda por desnaturalización.

Desde el punto de vista probatorio, el que invoca esta causal tendría que acreditar que prestó servicios luego de concluido el plazo del contrato, sin mediar renovación expresa del mismo, o que habiendo contrato o renovación, se habría superado el plazo legal, ya sea el particular o el general.

b) Prestación de labores luego de concluida la obra o servicio (inciso b) del artículo 77° de la LPCL.).

El contrato por obra determinada o servicio específico, según el artículo 63 de la LPCL, es aquel celebrado con el objeto previamente establecido y de duración determinada, siendo su plazo el necesario para la terminación de la obra o del servicio contratado.

Siendo lo determinante para la extinción del contrato la verificación de la conclusión de la obra o del servicio de carácter temporal, resulta muy difícil prever cuál será el tiempo exacto necesario para la contratación. Esta dificultad no puede permitir, como ha sido la posición de algunos empleadores que, sobre la base que la duración es la “necesaria” para la terminación de la obra o servicio, no sea de aplicación el límite máximo legal de cinco años.

(Casaciones No.1082-2001-LIMA y Casación No.1066-2001-LIMA, publicadas en el diario oficial El Peruano el 28.02.2003 y 30.05.2003) en forma acertada han manifestado, que dicho plazo legal es general para todos los contratos modales, y también afecta por tanto a los contratos de trabajo por obra o servicio específico.

Por consiguiente, si la causa de la contratación temporal se agotó que no podría ser mayor de cinco años - no hay necesidad que el trabajador siga prestando labores bajo tal modalidad, por lo que, de continuar haciéndolo, se presume que estamos ante una relación laboral a tiempo indefinido.

Con el propósito de evitar conflictos futuros que invoquen esta causal, resulta conveniente que en dichos contratos se precise con la mayor exactitud posible el hecho o hechos que deben darse para que opere la conclusión de la obra o servicio. Adicionalmente, para tener una fecha cierta de tal culminación, es recomendable que el empleador comunique expresamente al trabajador esta situación o medie un documento en que trabajador y empleador dejen constancia de este hecho. Tal como lo señala la legislación laboral española como la argentina – entre otras - exige la denuncia (preaviso) de alguna de las partes al término de la obra o servicio para que opere la expiración del contrato, caso contrario, se entenderá prorrogado tácitamente por tiempo indefinido.

En algunos casos, los empleadores ante la dificultad de detallar cuándo concluye el servicio u obra, o que el trabajador busque innecesariamente prolongar su prestación y esto pueda llevar a una situación para invocar una desnaturalización del contrato, han optado por pactar en el contrato un plazo de duración que esté sujeto a dos condiciones alternas: la finalización de la obra o servicio y un plazo determinado, lo que ocurra primero.

Para invocar esta causal se tiene que tener los elementos probatorios que permitan advertir que a pesar que el servicio o la obra para la cual fue contratado terminó, él siguió realizando labores, sin mediar renovación expresa del contrato. De superar el servicio específico o la obra el plazo legal máximo de ley, se sustentaría la desnaturalización en la causal del inciso a) del artículo 77 de la LPCL.

c) Prestación de labores a pesar de la reincorporación del trabajador (inciso c) del artículo 77° de la LPCL.).

El contrato de suplencia, regulado en el artículo 61 de la LPCL, es aquel que tiene por objeto que un trabajador sustituya a otro estable cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido. Cuando opera la reincorporación del trabajador estable, se extingue automáticamente el contrato de suplencia.

Por lo que, si el titular del puesto sustituido no se reincorpora vencido el término legal o convencional, y el trabajador contratado (suplente o sustituto) sigue prestando servicios, se desnaturalizaría dicha contratación, siendo considerada como una de duración indeterminada.

El Reglamento de la LPCL señala en su artículo 77 que los contratos de suplencia deberán contener la fecha de su extinción.

Si concordamos la ley con el reglamento, nos permite entender que esta fecha de extinción - que es la que determina la norma o el acuerdo entre trabajador y empleador para que finalice la suspensión de labores debería estar ligada a un hecho objetivo que origine el fin de la suspensión laboral.

Interpretar que “fecha exacta” es pactar una duración en términos de días o meses, no podría ser aplicable a supuestos – como la enfermedad por ejemplo que motivan la suspensión imperfecta del contrato de trabajo por mandato legal,

pero que resultaría muy difícil presagiar cuánto tiempo durará dicho estado de salud.

El inciso c) del artículo 77 de la LPCL, únicamente prevé que pueda darse la desnaturalización, bajo esta causal, si el titular del puesto sustituido no se reincorpora y el contratado se mantiene laborando. Por lo que, si el titular se reincorpora – extinguiéndose inmediatamente el contrato de suplencia (artículo 61 LPCL) y el trabajador contratado sigue prestando servicios, también estaría incurso en una causal de desnaturalización, pero sería la recogida en el inciso a) del mencionado artículo. Esta conversión se daría al haber desaparecido la causa de tal contratación – suplir a un determinado trabajador estable y verificarse que continúa trabajando a pesar de ello.

La desnaturalización por esta causa se acreditaría si producido el hecho legal o convencional que conlleva la culminación de la extinción, se demuestre que el trabajador se mantuvo prestando sus servicios.

d) Simulación o fraude en la contratación (inciso d) del artículo 77° de la LPCL.).

Cuando se califica que estamos ante una simulación o fraude en la contratación, es afirmar que, si bien se ha cumplido con las formalidades de una contratación modal, estamos por su naturaleza jurídica frente a un contrato a tiempo indeterminado.

Es evidente que resulta muy difícil acreditar al momento de la celebración del contrato modal o de su redacción, que éste obedece a una simulación o fraude; sin embargo, mientras se vaya prestando el servicio podría probarse dicha desnaturalización. La causa invocada en el contrato puede obedecer a una modalidad recogida en la ley, pero la prestación que realiza el contratado es distinta a la pactada y de naturaleza indeterminada.

Para ello, en aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, se tiene que probar que la razón de la contratación no obedeció a ningún supuesto permitido por la LPCL para optar por una contratación a tiempo indeterminado, porque estamos ante un servicio que por su naturaleza es de carácter

permanente no recogido en la ley como modal. En jurisprudencia comparada se ha determinado que la repetida renovación de contratos a plazo fijo; sucesivos en el tiempo puede constituir “un conjunto de una duración indeterminada”²¹, es decir, evidenciar una simulación.

(Derecho de Trabajo”; Biblioteca Jurídica,) Dentro de esta causal también se podría incluir aquellos casos en los cuales las partes celebran un contrato cuyo plazo o fecha de culminación está reservada a la sola voluntad del empleador de resolverlo.

Esto es lo que para Alonso se *denomina* una “condición resolutive fraudulenta” que recibe el mismo trato que el término fraudulento. Aquí no hay un hecho objetivo que determine la razón de la contratación o la extinción del mismo, sino que podríamos advertir que en realidad estamos ante un contrato a tiempo indeterminado.

2.3. La sanción por no cumplir la duración del contrato temporal: su transformación en indefinido.

2.3.1. La desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad y la continuidad de servicios.

La LPCL tiende a impedir el incumplimiento de los requisitos sustantivos de los contratos sujetos a modalidad, también obliga que la ejecución del contrato respete rigurosamente los límites temporales impuestos ya sea por la ley ya sea por la autonomía privada. Ya hemos visto cómo la presunción de indefinición de la relación laboral opera en el marco del desajuste entre objeto del contrato suscrito y ejecución de labores, ahora vamos a ver qué sucede en los casos que el trabajador continúa prestando sus servicios sin un contrato que lo respalde.

El capítulo VII del Título II de la LPCL, llamado “desnaturalización de los contratos”, acoge en su seno al artículo 77. Este artículo señala de modo imperativo que cumplidos ciertos supuestos “los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada”. Desde este punto de vista, la desnaturalización de los contratos lleva aparejada una sanción que no es otra que transformar el contrato sujeto a modalidad en uno de tiempo

indeterminado. Sanción ésta que, por lo demás, no admite ninguna prueba en contrario por parte del empleador.

En su inciso a), el artículo 77 menciona el primer caso de desnaturalización. “Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si éstas exceden el límite máximo permitido”. Esta norma tiene dos supuestos. Primero, el que incumbe al contrato en particular. Y segundo, el que tiene que ver con las prórrogas o las cadenas de contratos sujetos a modalidad. Luego, nos detendremos a analizar este segundo supuesto, por ahora centrémonos sólo en el primero.

El supuesto de hecho de la norma hace prever su consecuencia. Si un trabajador es contratado por un contrato sujeto a modalidad, se supone que la prestación está sujeta a un plazo fijo. Por ello, la continuidad de la prestación de servicios pese a la llegada del término resolutorio estipulado en el contrato, habrá de entenderse como supuesto desencadenante de los efectos de la desnaturalización del contrato. Por lo demás, la reacción del ordenamiento parece lógica, en virtud de que, si la empresa tiene la necesidad de contratar un trabajador a plazo fijo, el exceso del plazo negaría abiertamente tal necesidad. Al contrario, su necesidad sería de naturaleza permanente, en cuyo caso procede la contratación por tiempo indefinido.

(Olarte Encabo, 2000) Señala si todos los contratos sujetos a modalidad debieran extinguirse a la llegada del plazo estipulado, bastaría el inciso a) para regular la desnaturalización. Sin embargo, existen dos contratos, el de obra determinada y servicio específico, así como el de suplencia, que requieren normas expresas debido a su carácter especial. De ahí que, el inciso b) del artículo 77, mencione “cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia del contrato, sin haberse operado renovación”. El problema con este contrato es que el término resolutorio relevante no es la fecha estipulada en el contrato, en la medida que ésta siempre será referencial, sino el momento en que finalice la obra. Así, resulta lógico que si el trabajador continúa prestando servicios a la empresa pese a haber terminado la obra para la que fue

contratado, el empresario deba ser sancionado con la conversión del contrato temporal en indefinido. El razonamiento es el mismo del inciso a), pues obviamente las necesidades desaparecieron o simplemente nunca existieron.

En la misma lógica, el legislador laboral peruano utiliza el mismo razonamiento en el inciso c) cuando señala que “si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando”. Esta otra excepción, lo que hace es subordinar los plazos fijos suscritos en el contrato o los plazos máximos de sustitución a la condición de que el titular del puesto se reincorpore. En otras palabras, el contrato de suplencia no se extingue automáticamente por el cumplimiento del plazo estipulado, pues se convertirá en indefinido si el trabajador continúa laborando y el titular no se reincorpora. De ahí que, sea realmente importante que se indique en el contrato de suplencia, además de la causa de sustitución, el nombre del sustituido.

(Sanguinetti Raymond, 1994) No dice que, el legislador es reiterativo, en la medida que, como ya se dijo, el contrato de suplencia está sujeto a condición resolutoria (artículo 61 LPCL). Esto es, sólo se extingue cuando se produce la reincorporación del titular del puesto. De este modo, el trabajador suplente mantiene su derecho de permanencia hasta que la reincorporación del titular no se produzca. A la inversa, si nunca se produce la reincorporación (ya sea por muerte, jubilación, reincorporación en otro puesto, renuncia, etc.), el contrato de suplencia no podrá extinguirse. Quizá lo que busca el legislador en el artículo 77 no es otra cosa que reconocer que el contrato de suplencia va a transformarse en uno de carácter indefinido. Cosa que, por lo demás, ya sucede en el plano de los hechos, al no producirse y no poderse producir la reincorporación. Por ello, lo que se viene a prohibir es que el empleador termine la relación laboral de suplencia por la llegada del plazo pactado sin atender a la reincorporación efectiva del titular.

El legislador abre un espacio importante a la expectativa de estabilidad del trabajador suplente o interino. Es en este inciso donde queda claro que el contrato de suplencia está sometido, más que al plazo estipulado en el contrato, al fin del mismo, esto es, a la duración del derecho de reserva del puesto del trabajador

sustituido. Eso sí, hay que tener presente que sólo opera la transformación de temporal a indefinido, cuando el titular del puesto hace abandono o pierde su derecho de reserva (o, lo que es lo mismo, cuando renuncia a la reincorporación al puesto o esa deviene en imposible). De esta forma, por ejemplo, cuando un trabajador es becado para irse a estudiar un postgrado en el extranjero y por eso solicita una licencia en su centro de trabajo que por supuesto es aceptada. La beca, en principio, es por dos años, pero imaginemos que le ofrecen un tercer año. Se supone que el contrato de suplencia se pactó por dos años, esto es, el período de ausencia del titular del puesto. Sin embargo, al pasar los dos años y no regresar, no significa que el suplente automáticamente cambiará su condición de temporal a indefinido. Ello sólo sucederá si el titular no solicita una prórroga de su licencia. Por el contrario, si la solicita, quiere decir que todavía no se ha cumplido la condición resolutoria: final de la licencia o del período de suspensión de las prestaciones del contrato de trabajo.

En cuanto al supuesto de pérdida del derecho de reserva, puede citarse el artículo 19 del reglamento de la LPCL. Se señala que “cesará el derecho de reserva si el trabajador [con invalidez temporal] es declarado en estado de invalidez absoluta permanente (...)”. De esta forma, declarada la invalidez absoluta permanente del titular, éste perderá su derecho de reserva del puesto. Y ello, será relevante para la estabilidad del trabajador suplente, siempre que continúe prestando servicios.

Quizá el problema que no despeja la LPCL en este inciso c) del artículo 77, es qué pasa con el trabajador suplente que sigue prestando servicios a pesar de la reincorporación del trabajador titular. Queda claro que si la reincorporación del titular ocurre en un puesto distinto es como si ésta nunca se hubiera producido, pero si ocurre en el mismo puesto la situación cambia. Desde mi punto de vista, el contrato de suplencia perdería su objeto, convirtiéndose también en una relación por tiempo indefinido. Más todavía, si la labor de suplencia, como se dijo en el artículo 61 LPCL, opera en el marco de actividades estables o permanentes de las empresas. Eso sí, no estamos frente a un caso de desnaturalización identificado en el artículo 77 LPCL, por lo que tampoco se podrá aplicar la sanción de indefinición que le viene anudada sólo a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad.

2.4. ¿Desde cuándo de transforma el contrato sujeto a modalidad en indefinido?

Punto de debate trascendental en este tema es el referido al momento desde el que se debe entender transformado en indefinido el contrato sujeto a modalidad. O bien el contrato por tiempo indefinido abarca desde el inicio de la relación laboral o bien existe recién con posterioridad a la finalización del contrato sujeto a plazo fijo. Entiéndase, por ejemplo, un trabajador continúa trabajando después de terminada la obra determinada en el contrato sujeto a modalidad. Está claro que se ha producido una desnaturalización del contrato modal, sin embargo, del texto de la ley no queda claro si el contrato a plazo indefinido regula la prestación desde el momento que empezó la obra o desde el momento que terminó.

Lo cierto es que la discusión no es banal, pues por el contrario de la respuesta dependen varios derechos del trabajador. Tal es el caso de las indemnizaciones por despido arbitrario ya que como se calculan a razón de sueldo y medio por cada año de servicio, el tiempo acumulado es relevante para el cálculo.

El mandato del artículo 77 LPCL es claramente una sanción. La desnaturalización supone la utilización de las modalidades de contratación temporal para labores de distinta naturaleza. Es más, labores que casi siempre coincidirán con tareas permanentes, donde la contratación temporal sólo jugó un rol encubridor. El legislador lo que quiere es sancionar las conductas que desatienden la característica esencial de los contratos sujetos a modalidad: el plazo fijo de la duración. Por eso, en suma, la indefinición debe predicarse desde el momento que inicia la relación de trabajo.

Se podría alegar contra esta postura, en primer lugar, que el empresario que hizo un uso correcto de la temporalidad y cumplió todas las formalidades del caso, no tendría por qué verse perjudicado con efectos hacia el pasado. O, como ha sugerido una posición jurisprudencial, “el cómputo para el pago tanto de la compensación por tiempo de servicios y de la indemnización por tiempo de servicios debe corresponder sólo por el periodo en que el contrato sujeto a modalidad pasó a ser uno de duración indeterminada”. En nuestro caso,

supongamos que se suscribe un contrato de obra con una obra perfectamente determinada. Si se cumple la obra, se entiende que el derecho empresarial de acogerse a la contratación temporal fue ejercido dentro de los cánones de normalidad sobre todo en lo que toca al objeto del contrato. ¿Por qué sancionar a alguien por ejercer correctamente un derecho?

El problema está en interpretar que entre los límites sustantivos de la contratación temporal existe una suerte de preferencia por el objeto del contrato sobre la duración del mismo. Y ello, no es así. Tanto el objeto como la duración son requisitos relevantes de la contratación temporal, así que su incumplimiento atañe al contrato suscrito. La jurisprudencia, en este sentido, ha venido a introducir un elemento de devaluación de la naturaleza jurídica sancionatoria que posee el concepto legal de desnaturalización del contrato sujeto a modalidad. Creo que un argumento de mayor entidad es el que, basándose en la teoría del contrato, alega la novación contractual en los supuestos de desnaturalización del contrato. Se señala que la sustitución de la condición temporal del contrato, de una de plazo fijo a otra de plazo indeterminado, rompe el equilibrio contractual de las partes, generando una relación jurídica distinta. De esta forma, el contrato temporal al variar su “duración” se convierte en una relación jurídica distinta de la que fundamenta el contrato por tiempo indefinido. En respuesta a ello, creo que la consideración del mismo supuesto desde el enfoque del Derecho del Trabajo cambia un poco respecto de la teoría general del contrato, por cuanto en aquél el derecho al trabajo respalda la contratación por tiempo indefinido, mientras en ésta se parte de consideraciones distintas. En la teoría general del contrato no existe un principio de preferencia de la contratación indefinida. Lo que hay que tener en cuenta, además, es que la conversión del contrato a plazo fijo en por tiempo indefinido viene a atacar sobre todo las cláusulas contractuales que sustentaban la temporalidad de la relación, permitiendo que la normativa genérica del Derecho del Trabajo actúe con toda su fuerza. Por lo que, las demás cláusulas del contrato temporal serán válidas, sin embargo, al operar la conversión también entrarán a regular la relación jurídica las normas aplicables al contrato por tiempo indeterminado (por ejemplo, sistema general de impugnación del despido).

(Roman de la Torre, 1988) Manifiesta que incluso, algunos autores tras aceptar la dualidad de relaciones jurídicas han señalado que ello no puede afectar

el mantenimiento de derechos, beneficios y ventajas acumulados en el tiempo, sobre todo la relativa a su antigüedad en la empresa.

2.5. Los límites formales a los contratos sujetos a modalidad.

La forma en el contrato de trabajo sujeto a modalidad ha de tener también, al igual que el objeto y la duración, una gran relevancia como límite. Y atendiendo a lo dispuesto por nuestra legislación destacan básicamente dos. En primer lugar, la forma escrita. En segundo lugar, la notificación de los contratos a la Autoridad Administrativa de Trabajo con fines de conocimiento y registro.

2.6. Invalidez del término del contrato por falta de forma escrita.

2.6.1. Ámbito y determinación del requisito de forma escrita.

Según el artículo 72 LPCL “los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral”.

Cuando, en el punto anterior, nos referíamos a requisitos sustantivos de los contratos sujetos a modalidad, ello se podía entender de dos maneras. En primer lugar, o bien no había contrato escrito o bien su existencia no era suficiente entender que se ha consignado la causa o duración del contrato temporal. En segundo lugar, existe el contrato escrito, pero existe un desajuste entre el objeto o la duración del contrato escrito y la ejecución de la prestación de servicios. En uno, se hace mención a los requisitos de forma; en el otro, a los requisitos sustantivos.

Partiendo del teorema de que los contratos sujetos a modalidad son figuras excepcionales, en tanto que la regla general del ordenamiento laboral descansa sobre la contratación indefinida, es razonable que se imponga como “necesario” el requisito de la escritura. Dado que se hace uso de una atribución legal especial y extraordinaria, es lógico que se quiera, a través de la escritura, reforzar la actuación tanto del objeto como de la duración del contrato.

(Fernandez Marquez, 2002) Manifiesta que, la protección de los límites sustantivos no se alcanza únicamente con exigir la forma escrita del contrato. Tan importante como ello es que el documento escrito consigne suficientemente los requisitos de objeto y duración. El “contenido mínimo del contrato sujeto a modalidad” supone consignar en sus cláusulas, con precisión y claridad, el objeto y duración. En cuanto al objeto, es esencial sobre todo en casos en que de él depende la duración del contrato, como ocurre en el caso del contrato de obra determinada o servicio específico o en el de suplencia. Pero, no será suficiente identificar una obra o servicio, también habrá que determinar las labores que cumplirá el trabajador. En cuanto a la duración, resulta de suma importancia de cara a los contratos temporales desvirtuados, en los que no existe objeto de naturaleza temporal. Las cláusulas ambiguas o vagas se tendrán por no puestas, con lo cual ese acto se configurará como un incumplimiento formal de la escritura.

Es así, que se puede reconocer a la forma escrita una labor de control de la contratación laboral. Pero, debemos añadir que esta labor se complementa asimismo con otras necesidades del ordenamiento laboral. Entre otras, se puede apreciar que la escritura del contrato evitaría un posible escape hacia la atipicidad generalizada de los contratos. Me explico, dado que la flexibilidad laboral ha generado multitud de contratos atípicos (temporales, a tiempo parcial, a domicilio, teletrabajo, etc.), donde se afectan ciertos aspectos del contrato común como ocurre con el contrato indefinido ordinario a tiempo completo, la inexistencia del límite de forma escrita supondría una amplia libertad concedida al empresario para optar por uno u otro. Imaginemos un ejemplo. Un trabajador empieza a trabajar ocho (8) horas diarias sin contrato, al cabo de un tiempo le dicen que su contrato ya terminó por cuanto ya finalizó la obra determinada. Pero, no sólo eso, le dicen además que su prestación fue inferior a cuatro (4) horas, razón por la cual no le corresponde compensación por tiempo de servicios ni vacaciones anuales. Como se ve, el paso a la atipicidad puede conllevar la pérdida de varios derechos. Así, la formalidad escrita evitará la elusión de derechos o ventajas laborales, permitiendo que la regulación del derecho laboral actúe con toda su fuerza.

(Perez Rey, 2004) Manifiesta que la forma escrita, en el caso de la contratación temporal, permite al trabajador el conocimiento de las peculiaridades

de su vínculo. El derecho de información es clave para determinar sobre todo aspectos relacionados con la extinción del contrato sujeto a modalidad.

2.6.2. Efecto de incumplimiento.

(Aparicio Tovar, 1980) Precisa que establecidos los parámetros dentro de los cuales se mueve el requisito de la escritura del contrato modal, resta analizar los efectos jurídicos de aquél incumplimiento. La ausencia de forma escrita o la insuficiencia en la expresión del objeto o de la duración en un contrato escrito, acarrearán sin más la invalidez del término temporal del contrato sujeto a modalidad supuestamente acordado. Ello no quiere decir que se declare nula la relación jurídica, por cuanto ésta podrá reconducirse por la vía del contrato por tiempo indefinido. Es decir, se declara inválido el término temporal del contrato sujeto a modalidad alegado, pero subsisten las demás cláusulas contractuales y toda la regulación del derecho del trabajo.

Se podría pensar que al no existir contrato escrito o al ser éste defectuoso en la consignación de datos relevantes para la contratación temporal, el mecanismo de impugnación también, al igual que el incumplimiento de los límites sustantivos, debiera ser la presunción de indefinición recogida en el artículo 4 LPCL. “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”. El problema de ello estriba en que, de seguir este camino, el empresario tendría derecho a probar en contrario. En otras palabras, a pesar de no existir contrato escrito, el empresario podría acogerse a la regulación de los contratos sujetos a modalidad si prueba que sus necesidades y las labores desempeñadas por el trabajador encajan en los tipos contractuales legales. Claro, ello sucederá porque la presunción del artículo 4 es una presunción legal del tipo de las *iuris tantum*.

Parece, y hay que decirlo con toda rotundidad, que la admisión de prueba en contrario en los supuestos de incumplimiento de la formalidad escrita, devalúa completamente la importancia de la escritura en los contratos sujetos a modalidad.

Ahora bien, la necesidad de la forma escrita en los contratos sujetos a modalidad como presupuesto de validez, se deduce, a nuestro juicio, del segundo

párrafo del artículo 4 y del 72 LPCL. Cuando el primero de estos artículos señala que el contrato por tiempo indeterminado “podrá celebrarse de forma verbal o escrita”, no hace otra cosa que introducir la libertad de forma en un supuesto donde la garantía de la escritura se hace innecesaria. Al contrato por tiempo indeterminado se le aplicará sin restricciones ni obstáculos la normativa común del Derecho Laboral. Sin embargo, el mismo párrafo distancia de esta prescripción al contrato sujeto a modalidad, señalando que sólo se puede hacer uso de estas figuras contractuales excepcionales “en los casos y con los requisitos que la presente ley establece”. Más aún, utilizando esta remisión, el artículo 72 dice: “necesariamente deberán constar por escrito”. La garantía de la escritura en esta clase de contratos parece promovida por la propia LPCL.

A mayor abundamiento, desde la perspectiva de una interpretación sistemática, habría que tener en cuenta también la literalidad del título que tiene el capítulo V. Capítulo donde, por lo demás, se inserta el artículo 72 LPCL. “Requisitos formales para la validez de los contratos” tiene que interpretarse como un principio con aplicación concreta al requisito de forma escrita. Sobre ello, dos reflexiones. En primer lugar, en el citado capítulo V sólo existen dos requisitos formales, esto es, la forma escrita y el conocimiento y registro ante la Autoridad de Trabajo, no obstante, sólo la primera tiene efectos sobre el contrato, puesto que la segunda reviste consecuencias de tipo extracontractual (si no se comunica para el conocimiento y registro de la administración, eventualmente puede generarse una multa). Por lo que, lo que concierne a la validez del contrato sólo tiene relación con el requisito de la escritura del contrato. En segundo lugar, si la validez como consecuencia se anuda al cumplimiento de la forma escrita, quiere decir, a la inversa, que la inexistencia de forma escrita generaría la invalidez del contrato. Llegados a esta conclusión, conviene hacer un matiz. Como ya se ha dicho, en Derecho del Trabajo no se puede hablar de invalidez del contrato a riesgo de reconocer como nulo el concierto de voluntades. Y ello, porque hay prestaciones, como la prestación de servicios, que son irreversibles. Aquí, lo que se declara inválido es el término contractual temporal al que se llegó mediante acuerdo verbal o tácito, dejando subsistente los demás acuerdos del contrato desprovisto de forma escrita.

Parece que la inexistencia o existencia insuficiente de forma escrita puede tener, incluso, trascendencia constitucional. La inobservancia de causa justificada para la contratación temporal puede lesionar diversos derechos constitucionales. Así, el primero de la lista sería el derecho al trabajo (artículo 22 Constitución), pues si la regla general de contratación debe ser la contratación indefinida como promotora del derecho de estabilidad en el trabajo, la excepción, esto es, el contrato sujeto a modalidad, debería contener una causa justa de contratación. De admitirse la contratación temporal sin causa, se estaría negando la prioridad que el derecho al trabajo reconoce a la contratación por tiempo indeterminado. Es decir, el empleador tendría libertad de forma también en la contratación temporal.

La ausencia de causa también impide un ejercicio total del derecho de defensa (artículo 139.14 Constitución). Quizá la expresión de causa puede parecer irrelevante para alegar el mecanismo presuntivo del artículo 4 LPCL, ya que lo indispensable en esta vía es probar la naturaleza laboral de los servicios. Pero, no sucede lo mismo en los casos que el trabajador quiera alegar fraude de ley, por ejemplo. ¿Cómo puede articular una defensa ante una causa que ni siquiera conoce? ¿Cómo puede presentar una demanda si no tiene datos acerca del acto que sirve de cobertura al fraude? Me parece que los derechos de orden procesal también deben actuar en esta instancia, con el objeto de impedir una situación de indefensión del trabajador en pleno proceso judicial.

Por último, el documento escrito permite al trabajador conocer la peculiaridad de su vínculo laboral, con el fin de evitar arbitrariedades por parte del empleador. Sabiendo de las distintas fórmulas atípicas que puede revestir el contrato de trabajo, es parte del deber de buena fe contractual dejar en claro las reglas que han de regir la relación. El derecho de información será una de las bases fundamentales de todo sistema de contratación.

2.7. Notificación de los contratos a la autoridad administrativa de trabajo.

Según el artículo 73 LPCL “una copia de los contratos será presentada a la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince días naturales de su celebración, para efectos de su conocimiento y registro. La Autoridad

Administrativa de Trabajo puede ordenar la verificación posterior de la veracidad de los datos consignados en la copia a que se refiere el párrafo precedente, a efectos de lo dispuesto en el inciso d) del artículo 77, sin perjuicio de la multa que se puede imponer al empleador por el incumplimiento incurrido”.

Como se ve, el artículo 73 impone dos obligaciones al empleador con respecto a la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante, AAT). La primera, presentar una copia del contrato de trabajo a la autoridad administrativa. Y la segunda, no realizar actos fraudulentos.

Ambas obligaciones o requisitos formales son impuestos respecto de la AAT, de ahí que su naturaleza sea extracontractual. Si en el caso de la forma escrita su operatividad afectaba internamente el régimen del contrato, por cuanto las responsabilidades las asumía el empleador al interior de la empresa, en el caso de las obligaciones del artículo 73 su terreno de actuación es externo al contrato y a la empresa, pues el empleador asume sus responsabilidades de cara a la administración.

En cuanto a la primera obligación, la presentación de una copia del contrato de trabajo a la autoridad administrativa, hay que señalar que la propia norma define los fines. Señala que la notificación tiene por efecto el conocimiento y el registro. Ahora bien, por lo que señala el artículo 73 la obligación de presentar la copia del contrato no es inmediata a la celebración del mismo, pues el empleador cuenta con 15 días naturales para cumplir con este requisito. Esto es, antes de los 15 días naturales contados a partir de la celebración del contrato no hay incumplimiento.

El problema está que resulta muy complicado para la administración laboral detectar el día exacto de la celebración del contrato, en cuyo caso es muy fácil eludir esta obligación. Basta que el empresario diga al inspector de trabajo en medio de una inspección que hace menos de 15 días firmó el contrato, para que se libere del incumplimiento. Me parece que esta formalidad contiene un nivel de coerción muy débil, que sólo se podría superar si la LPCL se modificara en el sentido de imponer la obligación de presentar copia del contrato de modo inmediato a la celebración del mismo. La reforma de este artículo es esencial,

para evitar que la obligación de presentar el contrato se convierta en una obligación meramente simbólica.

Ahora bien, lejos de este supuesto, imaginemos que el inspector de trabajo constata el incumplimiento. En efecto, pasaron los 15 días de plazo, pero no se comunicó a la Autoridad de Trabajo la firma del contrato sujeto a modalidad. Como toda infracción, se generará una multa. El problema es, sin embargo, determinar el tipo de infracción cometida, pues o bien se trata de un “no registro en planilla” asumiendo que es un trabajador contratado por tiempo indefinido o bien del incumplimiento de una formalidad ante la administración. La discusión no es bizantina, por cierto, ya que de su solución dependerá si la multa corresponde a una infracción muy grave de tercer grado o si, por el contrario, a una infracción leve de primer grado (artículo 19 del Decreto Legislativo 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del trabajador. Considero que el inspector, en ese momento y en uso de sus facultades, debe aplicar la presunción de indefinición del contrato de trabajo (artículo 4 LPCL) y el llamado principio de primacía de la realidad (artículo 3 del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo y Defensa del Trabajador, aprobado por D.S. 020- 2001-TR). No obstante, este primer paso, deberá utilizar todo el material probatorio que se encuentre a su alcance a efectos de aclarar el problema, ya que la mencionada presunción admite prueba en contrario. Considero, además, que la única prueba que podría desvirtuar la presunción debe ser la presentación del contrato sujeto a modalidad por escrito. En consecuencia, la multa se aplicará a la infracción de “no registrar en planilla a un trabajador”

Respecto a la otra obligación, la de no actuar en fraude a la ley, hay que señalar que el mismo hecho puede llevar a dos incumplimientos distintos. Si se detecta, vía una visita inspectiva, que el contrato sujeto a modalidad escrito y presentado a la AAT es fraudulento, el contrato se entenderá desnaturalizado (artículo 77 LPCL) mientras el empleador asumirá la responsabilidad de este hecho frente a la AAT (artículo 73). No hay doble sanción que vaya en contra del principio ne bis in idem. Por el contrario, aunque el hecho punible sea el mismo (fraude en la contratación temporal), los sujetos y el fundamento son distintos. En el caso de la desnaturalización se involucra sólo al régimen interno del contrato, a

diferencia de la responsabilidad administrativa que atañe al ámbito externo de la relación contractual.

(Terradillos Basoco, 2001) Manifiesta que este incumplimiento, que a su vez supone un fraude a la contratación de duración indefinida, será sancionado con la multa correspondiente a una infracción muy grave de tercer grado (artículo 19.1 de la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador). Nuevamente, el trabajador al cumplir labores distintas de las pactadas en el contrato, debió ser registrado en la planilla de la empresa.

En conclusión, si bien es cierto que existen mecanismos legales tendientes a impedir la utilización arbitraria de las modalidades de contratación temporal, hay que tener presente que son escasos e ineficientes. Es necesario que la labor de control que ejerce la AAT se vea reforzada con mayores atribuciones, al tiempo que se dote a los inspectores de una mejor infraestructura de la que tienen ahora. Lamentablemente, la necesidad de una capacitación permanente al cuerpo de inspectores, de planes estratégicos que en atención a los exiguos presupuestos de los que se goza puedan priorizarse determinadas actividades o sectores más propensos a los fraudes, de sistemas informáticos que socialicen la información y mejoren la actuación inspectiva, siguen siendo tareas pendientes para el sector público.

2.8. La sanción por el fraude o simulación: la transformación en contrato por tiempo indeterminado.

El fraude de ley o la simulación vienen a operar como “cláusula de cierre” o “clave de bóveda” a todos los límites que se cargan sobre la contratación temporal.

Es decir, situaciones donde “documento escrito” con “labores cumplidas en la realidad” no coinciden. Por eso, analizaremos el fraude de ley desde una perspectiva mucho más amplia: la de proscriptor de comportamientos elusivos o contrarios a la regla de indefinición de la relación laboral que defiende la Constitución y, en teoría, la LPCL.

2.8.1. ¿La simulación o el fraude de Ley?

El artículo 77.d) LPCL parece diferenciar la figura de la simulación de la del fraude de ley. Al utilizar el conector lógico “o”, entendemos que el legislador parte del supuesto de que a través de cualquiera de estas vías se puede lesionar el principio de la contratación indefinida. No obstante, la generalidad del precepto obliga a hacer algunas presiones.

(Herrero Nieto, 1958) Manifiesta que, desde hace mucho tiempo, la diferencia entre simulación y fraude está en que “el fraude de ley no es una oposición larvada a ésta, como sucede con la simulación, sino que un comportamiento independiente del contra legem agüere, comportamiento que cae bajo la sanción de aquélla otra norma distinta que los prohíbe, mientras que la simulación no logra sustraer el negocio a la aplicación de la norma bajo cuyo ámbito debe caer, y sigue siendo un negocio contra legem”. De ahí que, el negocio simulado sea un medio de ocultar la violación de una norma con respecto a terceros y no a los mismos sujetos del contrato. Pues, si el engaño no se dirige a terceros, sino a las partes contratantes, lo que habrá ya no es una simulación, en la medida que habrá un engaño o una inducción al error sin más a la contraparte contractual. Y el negocio fraudulento será el que pretenda sustraer de su ámbito natural a la norma que se utiliza, pues usa la ley para un fin distinto del perseguido por ella.

Ahora bien, dado que la simulación es un engaño dirigido a terceros, me parece ilógico que a estos casos se les aplique la sanción de transformar el contrato sujeto a modalidad en uno de tiempo indefinido. Por ejemplo, sabiendo que la contratación laboral es un requisito previo para gozar de las prestaciones de seguridad social en salud, un supuesto trabajador y un empleador deciden simular un contrato sujeto a modalidad. Este es el caso de una simulación absoluta, que inventa la existencia de una relación de trabajo, a la que sería ilógico aplicar el artículo 77 LPCL. En todo caso, ante la falta de causa o ilicitud del negocio jurídico “inventado”, lo que corresponde es declarar su ineficacia absoluta. Si la seguridad social hizo algún gasto por esta razón, la sanción implicará necesariamente la devolución de lo percibido.

De otro lado, igual suerte correría las simulaciones relativas. Su carácter no se corresponde con la consecuencia del artículo 77 LPCL. Imaginemos que un trabajador de la administración pública está prohibido de trabajar en cualquier empresa privada por tiempo indefinido. De esta forma este trabajador y un empresario privado deciden firmar un contrato sujeto a modalidad, a sabiendas que la prestación es por tiempo indefinido. El marco de esta simulación relativa, que no inventa una realidad sino simplemente oculta un contrato con otro, tampoco es terreno abonado para la finalidad que intenta transmitir el artículo 77 LPCL.

Por estas razones, parece evidente la exclusión lógica del concepto de simulación del artículo 77 LPCL. Sin embargo, me parece que el legislador laboral utiliza el concepto de simulación desde la óptica de lo que para nosotros sería un simple negocio engañoso. Es decir, el supuesto donde normalmente el empleador engañará al trabajador, o al menos lo inducirá a un error, para que firme un contrato temporal, a pesar de que le correspondería firmar un contrato por tiempo indefinido. En este caso, al trabajador le bastaría probar el vicio del consentimiento del que fue objeto y, acto seguido, el juez deberá aplicar la normativa que corresponde: la contratación por tiempo indefinido.

Si se mira bien, este supuesto se confunde completamente con la figura del fraude de ley. Tenemos un acto aparentemente lícito, contrato sujeto a modalidad, que se utiliza con fines distintos a los que tiene la contratación modal en la LPCL, con el fin de eludir la aplicación de la normativa común del derecho del trabajo (contratación por tiempo indefinido).

En consecuencia, quizá al legislador laboral le hubiera bastado referirse al fraude de ley en el artículo 77.d) para dotar al principio de contratación por tiempo indefinido de una única protección contra los actos ilícitos basados en los llamados contratos sujetos a modalidad.

2.9. El fraude de Ley y el incumplimiento de los límites de la contratación sujeta a modalidad.

Se ha dicho que la prueba del fraude abre las puertas a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad, mientras que, a su vez, por la

vía de la desnaturalización de dicho contrato, el mismo se transformará en uno de naturaleza indefinida. Se ha dicho también que el artículo 77 tiene una naturaleza sancionatoria, por lo que la transformación del contrato en indefinido se produce desde el inicio de la relación.

Igualmente, quedaría sentado que el fraude de ley poco a poco va dejando de ser la figura estrella de la protección de la contratación indefinida, en la medida que la presencia legal impone mayores límites a la contratación sujeta a modalidad. Por ejemplo, se ha dicho que la presunción de indefinición recogida en el artículo 4 LPCL ofrece mayores ventajas probatorias cuando se trata de impugnar un contrato escrito que en la realidad rebasa los límites sustantivos. La invalidez del término contractual temporal ante el incumplimiento de formas relevantes del contrato sujeto a modalidad también es otra de las vías por las que se releva al fraude de cualquier actuación. En fin, los casos tasados de desnaturalización del contrato sujeto a modalidad por exceder el límite legal o contractual de duración constituyen ejemplos de lo que se dice.

(Peres Rey, 2002) Manifiesta que, el fraude de ley como elemento de protección residual que es, va a actuar en dos direcciones: de un lado, frente a incumplimientos de las prohibiciones expresas y, de otro, frente a incumplimientos atípicos. Es decir, frente a supuestos no previstos por el legislador o que precisamente aprovechan los entresijos de la técnica legislativa para operar.

Sería imposible intentar un acercamiento a la casuística del fraude de ley en la contratación temporal, sin asumir el riesgo de perdernos en las diversas formas que esta figura asume. La complejidad de la figura la convierte en una herramienta propiamente judicial, donde será el juez quien pueda definir los límites de las prohibiciones y de las reglas jurídicas en general. Por esta razón, la pretensión de este apartado no es otro que llamar la atención acerca de la importancia del fraude de ley en determinados casos que merecen la pena discutirlos.

En primer lugar, la contratación temporal puede encubrir labores o tareas permanentes de las empresas y el fraude debe evitarlo. Este riesgo se hace más evidente en contratos sujetos a modalidad que actúan en labores o tareas permanentes de las empresas. Tal es el caso del contrato de obra determinada o

servicio específico, ya que fácilmente se pueden parcelar actividades permanentes en función de pequeños encargos. Me parece fraudulento el contrato de obra que contrata a un profesional para entregas parciales de una investigación cada tres meses, sabiendo que la investigación total durará ocho (8) años.

En segundo lugar, hay casos donde la legislación no es tan clara a efecto de imponer prohibiciones. Como ya se dijo, el artículo 74 LPCL señala que todos los contratos sujetos a modalidad tienen plazos máximos, sin embargo, el problema se plantea en el marco de una sucesión de contratos sujetos a modalidad distintos. Se impone el tope de cinco años, pero luego no se dice si un periodo de inactividad interrumpe el cómputo del plazo máximo. Así, puede suceder que el periodo de inactividad siga a cada contrato, con lo que aparentemente se eludiría el tope, o que el periodo de inactividad se produzca a los cuatro años ocho meses, con el mismo riesgo. Me parece que la facultad de contratar vía modalidades temporales es una facultad extraordinaria, por lo que no debería permitirse la recontractación. Los ejemplos mencionados ponen de manifiesto que la conducta empresarial vista en su conjunto persigue fines contrarios al respeto del derecho al trabajo. En fin, el tema dependerá del ámbito de operatividad que la jurisprudencia imponga a la prohibición y al fraude de ley.

En tercer lugar, el artículo 78 LPCL impone la prohibición de suscribir contratos sujetos a modalidad a trabajadores permanentes que hayan cesado. Es lógico que, al ser una prohibición, ésta deba interpretarse de modo restringido, esto es, sólo aplicable a supuestos de cese. Ahora bien, ¿podría entenderse que juega la prohibición para el caso de una modificación de la cláusula temporal del mismo contrato? Si se modifica el contrato por tiempo indefinido a uno de plazo fijo, ¿no se ha producido ningún cese del trabajador sentido en estricto? esta modificación en una novación extintiva, por cuanto al variarse la cláusula temporal del contrato la primera relación jurídica se ha transformado en otra distinta. La entidad de la modificación nos haría pensar que estamos ante dos contratos distintos, por lo que el trabajador fue en realidad cesado y luego recontractado. Entonces, encaja en la prohibición.

De otro lado, si no se adoptara esta opinión, se podría pensar que la prohibición no le alcanza a esta modificación del mismo contrato. No obstante, la utilización del fraude de ley puede ser importante para desenmascarar esta actuación ilícita. La aparente licitud del pacto de modificación serviría de coartada para lesionar el principio de contratación indefinida que encuentra sus bases fundamentales en el derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución).

En cuarto lugar, como se sabe, si un trabajador, contratado mediante un contrato de suplencia, continúa trabajando y el titular nunca se reincorpora, éste contrato se transforma en uno de tiempo indeterminado. Imaginemos que el plazo para el regreso del titular era dos años. El empleador se entera que el titular no regresará al trabajo, pero no quiere que el suplente se quede en el puesto. Por esta razón, despide arbitrariamente al trabajador suplente dos días antes de que se cumplan los dos años. Parece que, aunque el empleador pueda despedir al trabajador en el marco del contrato de suplencia, no puede utilizar el despido como un medio para encubrir una finalidad contraria al principio de estabilidad. El empleador lo que quiere es eludir la responsabilidad de reconocer que el contrato se transformará indefectiblemente en uno de tiempo indefinido, por lo que el juez deberá aplicar esta consecuencia que busca ser defraudada. Además, la consideración de que el contrato de trabajo es uno de duración indeterminada, supone que el empleador tendrá que pagar la indemnización por despido arbitrario que corresponde a la ruptura unilateral de este tipo de contratos y no la que corresponde a los contratos sujetos a modalidad.

Finalmente, para poner fin a este pequeño listado nos detendremos en los casos de “planillas insuficientes”. Es frecuente que muchas empresas aleguen necesidades del mercado sin que se produzca una variación sustancial de la demanda de productos o servicios en el mismo. Lógicamente, tendrán necesidad de contratar trabajadores eventuales en labores permanentes porque los trabajadores con que cuenta son insuficientes. Si el empleador sólo ha contratado 10 trabajadores en su plantilla cuando su actividad ordinaria necesita de 15, es evidente que sus trabajadores no podrán satisfacer las demandas normales del mercado. En mi opinión, el empresario tendrá que incorporar 5 trabajadores más a su planilla y sólo si hay un incremento circunstancial de las labores deberá recurrir al contrato por necesidades del mercado. (Lahera Forteza, 2003)

(Cruz Villalon, 2003) Precisa que quizá el problema en este caso, como en todos los demás, radica en que las formas de encubrir un incumplimiento legal son muy sutiles. Muchas veces el fraude se esconde tras conceptos económico-organizativos que son normalmente incomprensibles para los aplicadores del derecho. De ahí que, sea importante la promoción de la negociación colectiva en estos aspectos, así como mecanismos de participación de los representantes de los trabajadores, con el fin de que los sujetos sociales subsanen los vacíos de regulación de la LPCL. La negociación colectiva, a través de los convenios, debiera servir de mecanismo de control primario de la utilización fraudulenta de los contratos sujetos a modalidad.

2.10. La contratación temporal en las entidades estatales.

2.10.1. La utilización de contratos sujetos a modalidad en actividades permanentes de la administración pública.

El Decreto Legislativo 276 fue la norma que reguló la relación laboral de los servidores públicos con su empleador, el Estado. Esta norma, que entra en vigencia en el año 84, reconocía la estabilidad en el trabajo a todos los trabajadores nombrados del sector público que prestaban labores permanentes o estables a la administración. No obstante, fue el proceso de “privatización” de la función pública, instaurado por el gobierno de Fujimori en 1991, quien incorpora a las entidades estatales a trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Obviamente, estos últimos trabajadores no ingresaban a la entidad estatal por la vía de la contratación indefinida, sino de contratos sujetos a modalidad o de contratos civiles de locación de servicios. Masivamente, las contrataciones para labores permanentes en las entidades estatales se articularon por la vía de la contratación a plazo fijo. Incluso, atendiendo a la magnitud del fenómeno, se podría decir que uno de los grandes móviles de la contratación a plazo indeterminado fue el desmantelamiento de la estabilidad laboral que ofrecía el Decreto Legislativo 276 a los servidores públicos. La carga social que un sistema de este tipo imponía al Estado fue eludida con la introducción de mecanismos flexibles en la contratación.

Esta actitud debe ser criticada, porque quizá uno de los pocos ámbitos donde se requiere necesariamente un personal fijo es la administración pública.

No puede haber políticas públicas de desarrollo eficaces y exitosas con un personal inestable. Es vergonzoso que a la fecha se acepte el problema y no se haga nada por solucionarlo. Así, la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto para el año 2005, Ley 28411, señaló en su Tercera Disposición Transitoria que “si bien se había dispuesto la incorporación de manera paulatina en el CAP o en el PAP, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, a los trabajadores que vienen ejerciendo labores de carácter permanente y propia de la entidad, bajo la modalidad de contratados o de servicios no personales, ello no será de aplicación durante el Año Fiscal 2005”.

Actualmente, existe la llamada Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175 (publicada el 19 de febrero de 2004), que procura el logro de un aparato estatal eficiente, a partir de la atención al elemento humano. Esta ley propone, además de reconocer otros derechos a los empleados públicos, que “el acceso al empleo público se realice mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y la capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades “(artículo 5). Y también reconoce una “protección adecuada contra el cese arbitrario con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso” (artículo 15), desapareciendo como causa de extinción del empleo público la llegada del plazo o el cumplimiento del objeto del contrato sujeto a modalidad (artículo 22). Es decir, hoy en día se encuentra excluida la contratación temporal en actividades permanentes de las entidades públicas.

Como quiera que las leyes de desarrollo de la Ley Marco del Empleo Público aún no han sido aprobadas por el Congreso, las principales normas sobre ingreso y nombramiento al sector público se ha hecho por la vía de normas presupuestarias.

Normas presupuestarias estas, que no siempre se ajustan a los principios de la Ley Marco. Es más, en muchas ocasiones, sus disposiciones permiten la contratación de trabajadores a plazo fijo en labores permanentes. Tal es el caso del artículo 7.f) de la Ley de Presupuesto del sector público para el año fiscal 2005, Ley 28427, que permite el ingreso a la administración pública “cualquiera sea el régimen laboral”.

De este modo, al margen de lo regulado por la Ley Marco del Empleo Público, hoy en día es posible contratar trabajadores en labores permanentes de la administración pública mediante contratos sujetos a modalidad. La especialidad de la Ley Marco del Empleo Público en temas relacionados con el régimen laboral de los trabajadores del Estado pasa inadvertida y, por el contrario, una norma transitoria y general como sucede con la Ley de Presupuesto.

2.11.2. Supuestos de fraude en la contratación temporal en entidades públicas.

No es que la facultad de entablar contratos sujetos a modalidad con sus trabajadores en actividades permanentes en la administración sea lo necesario, pues por el contrario muchas veces se exceden los límites a los que está sujeta la contratación modal. Algunas veces el exceso de los límites se hará con respaldo legal, mientras en otras situaciones sólo actuará la libre decisión de la entidad del Estado.

Respecto a estas primeras situaciones. El contrato de suplencia se convierte en uno de duración indeterminada “si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare trabajando” (artículo 77.c de la LPCL). Con lo cual, si no hay reincorporación efectiva, el trabajador suplente se convertirá en trabajador por tiempo indefinido. No obstante, la defensa al derecho de estabilidad laboral que promueve este artículo, la Primera Disposición Transitoria de la Ley 28425 señala que en las instituciones del estado “en el caso de la suplencia de personal, una vez finalizada la labor para la cual fue contratada la persona, los contratos respectivos quedan resueltos”. De esta manera, la regla en el sector público es, precisamente, la inversa a la que rige en el sector privado. Mientras en el sector público opera claramente un término resolutorio (fecha concreta pactada en el contrato), en el sector privado operará, como ya se dijo, una condición resolutoria (fecha incierta condicionada a la reincorporación del trabajador titular).

Respecto a las segundas, quizá los ejemplos son más variados. Un caso en que la administración muchas veces se excede en los límites temporales del contrato fijo, es el referido a la suplencia por cargo vacante. Esta situación ocurre

sobre todo en cargos de dirección o de responsabilidad. Por ejemplo: Cuando se produce una plaza presupuestada para el cargo de Director de Asuntos Administrativos de la Gerencia de Asuntos Jurídicos, por ello se someterá a concurso es necesario nombrar un Director interino. El problema es que muchas veces se efectúa el nombramiento mediante un contrato de suplencia que puede extenderse hasta límites exagerados. La permanente inestabilidad del Director será evidente, sin embargo, lo que está detrás de todo esto es la existencia de una contratación incausada. El pretexto por el que se contrata a este Director interino es el proceso de selección de quien será próximamente el Director titular, pero ¿si todavía no se inicia el proceso de selección? Por lo demás, parece obvia la actuación fraudulenta de la administración. En consecuencia, el trabajador contratado por contrato de suplencia deberá transformar su condición a trabajador por tiempo indefinido, al margen de que mantenga o no el cargo de Director.

Otro caso bastante extendido en la administración es la de realizar contrataciones de obra sucesivas en labores permanentes. La mayoría de servicios profesionales suelen contratarse vía sucesivos contratos de obra. Se contrata profesionales para proyectos específicos o, incluso, partes de esos proyectos. Lo cual sorprende, dado que un contrato de obra determinada debe utilizarse en supuestos extraordinarios o transitorios. Me parece que esta actividad también desnaturaliza el contrato de obra y lo que se logra es aumentar la inestabilidad del trabajador, así como fragmentar su ciclo de vida laboral en pequeños contratos.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar entre estos supuestos la permanente utilización de contratos sujetos a modalidad para suplir deficiencias cuantitativas de trabajadores. Insuficiencia de planilla, como se ha dicho páginas atrás. Si la cantidad de trabajadores de la administración pública es insuficiente para cumplir eficientemente con sus labores, entonces no se puede alegar una causa eventual para contratar trabajadores. El problema en estos casos es estructural y no tiene un carácter coyuntural como lo requiere por ejemplo el contrato por necesidades del mercado. Quizá una salida a este problema sea la contratación vía un contrato por inicio o incremento de actividad, lo cual desenmascararía su evidente naturaleza fraudulenta.

Como se ve, son sólo algunos casos donde la actitud fraudulenta de la administración pública pretende opacar al principio de contratación por tiempo indefinida. Los jueces en el caso por caso habrán de rechazar éstos y otros actos de carácter fraudulento sin hacer mayores distinciones entre un empleador privado y un empleador público como es el Estado.

2.12. Extinción del contrato sujeto a modalidad.

Las causales de extinción de los contratos sujetos a modalidad son las mismas que operan para los contratos de duración indefinida (artículo 16 LPCL). A saber, puede terminar un contrato sujeto a modalidad por el fallecimiento de una de las partes, la renuncia, el acuerdo de ambas partes, la invalidez absoluta y permanente del trabajador, la jubilación o la ocurrencia de determinadas causas objetivas tipificadas en la ley.

Ahora bien, se ha dicho que la extinción de un contrato modal ocurre a la llegada del plazo estipulado en el contrato o al momento en que se cumplan los topes máximos legales. Es decir, cumplidos estos términos el empleador y el trabajador lícitamente ponen fin a la relación laboral. Salvo, claro está, que se exprese tácitamente una voluntad de continuidad (vg. a través de la prestación de servicios continuada más allá del plazo o tope), de donde se derivará la conversión de la relación modal a una de duración indeterminada. Como se dijo con anterioridad, en este último caso el contrato sujeto a modalidad se desnaturaliza.

Sin embargo, esta regla general tiene dos excepciones claramente identificables: el contrato de obra determinada o servicio específico y el contrato de suplencia (artículo 16.c LPCL). En el primer caso, el contrato de obra determinada o servicio específico se extingue con la terminación de la obra o servicio comprometido, de forma tal que la estipulación de un plazo con fecha cierta es sólo referencial. Lo relevante a efectos de determinar el momento de la extinción de este contrato es la terminación del objeto propiamente dicho. Eso sí, la incertidumbre que pesa sobre el contrato de obra no quiere decir que este contrato pueda durar toda la vida laboral del trabajador, ya que la jurisprudencia ha dispuesto que el tope máximo de cinco (5) años también se le aplica.

De ahí que, pasados estos cinco años o terminada la obra el trabajador dejará de prestar servicios, en la medida que se extingue el contrato. Si continuare laborando, aún cumplidos estos términos, operará la desnaturalización del contrato de obra o servicio determinada (artículo 77. b de la LPCL). Esto es, el contrato de obra o servicio se transforma en uno de duración indeterminada.

En el segundo caso, el contrato de suplencia por su propia naturaleza tampoco ha de respetar necesariamente una fecha cierta, puesto que su extinción depende del mantenimiento o final del derecho de reserva del puesto de trabajo que tiene el titular del mismo. Esto es, el cumplimiento de esta condición resolutoria (reincorporación del titular en su puesto) será el elemento relevante para definir la extinción del contrato de suplencia. De forma tal que, si la causal de suspensión que opera sobre el contrato del trabajador titular se prolonga en el tiempo, también habrá de entenderse prolongado el contrato de suplencia.

A pesar de que la LPCL no se ocupe del tema referido a la continuación de labores luego de reincorporado el titular en su puesto, me parece que en este caso el contrato de suplencia se desnaturalizaría. Pues, desaparecida la causa que generó el contrato modal, depende sobre aquél la presunción de indefinición de la relación laboral. Presunción que difícilmente podrá rebatir el empresario.

De otro lado, unida a esta fórmula de extinción que se deriva de la naturaleza especial de los contratos modales, el despido de un trabajador en este contexto también asume rasgos particulares. La extinción ante tempus, posterior al período de prueba y originada en la voluntad unilateral del empresario, configura un despido con características distintas si se le compara con el despido que ocurre en un contrato de duración indefinida. Así, mientras en este último la indemnización por despido arbitrario se computa a razón de remuneración y media por cada año completo de servicios con un máximo de 12 remuneraciones, en el despido arbitrario ocurrido en un contrato sujeto a modalidad se “deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones” (artículo 76 LPCL).

Como se ve, la base de cómputo de la indemnización en ambos casos es diferente. Me parece que, en la gran mayoría de los contratos sujetos a

modalidad, sobre todo los que tienen fechas límites concretas, no habrá mayor problema para realizar el cómputo. No obstante, el problema puede sobrevenir en el caso de los contratos con fechas de culminación inciertas (en concreto, contrato de obra y contrato de suplencia). Por ejemplo, qué sucede si un trabajador pacta con su empleador que el objeto de la obra es la construcción de un edificio, estimando por ello que la duración del contrato sería de un (1) año. Imaginemos que empieza la construcción de la obra, pero su duración total equivale a año y medio. El empresario no puede dar por terminado el contrato de obra al cumplimiento del año, puesto que la obra objeto del contrato aún no se termina. La extinción, tomando como referencia la fecha concreta estipulada en el contrato, configuraría una extinción ante tempus.

Ahora bien, si ello configura un despido, el marco temporal para el cómputo de la indemnización por despido arbitrario es el año y medio que dura la construcción de la obra. Por los seis meses que dejará de laborar el trabajador, la indemnización ascenderá a nueve (9) remuneraciones. A pesar de la simpleza del caso, el problema empieza cuando las obras tienen una extensión mayor de tiempo y los despidos ocurren a pocos meses de iniciar la prestación de servicios, pues el juez no habrá de tener un marco temporal cierto para efectuar el cómputo de la indemnización. En estos casos, el juez tendrá que definir tentativamente, tomando en cuenta las características concretas de la obra, una posible fecha de término de la misma. La actuación judicial será muy relevante a estos efectos.

Finalmente, en los casos de despidos sin causa, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha calificado de nulos y sin efectos jurídicos, y los despidos basados en motivaciones inconstitucionales, en lugar de la indemnización tasada a que se refiere el artículo 76 de la LPCL corresponderá la reparación mediante la reintegración del trabajador en su puesto de trabajo. Obviamente, ello será posible sólo cuando el contrato de duración determinada aún pueda ejecutarse hasta su término. No sucederá lo mismo, por el contrario, cuando el plazo fijo se halla cumplido o cuando el objeto del contrato haya terminado. En cuanto a este último caso, resulta imposible reponer al trabajador cuando al momento de ejecutar la sentencia judicial de reposición la construcción del edificio ya acabó hace unos meses. Igualmente, será imposible reponer a un trabajador con contrato de suplencia en el puesto del trabajador titular que ya se

reintegró a sus labores. En estos casos, es razonable entender que el mecanismo de reparación del despido declarado nulo deja de ser la reposición y se reconduce hacia la indemnización a que se refiere el artículo 76 de la LPCL.

CAPITULO III

3. EL DERECHO LABORAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

3.1. En América.

a) Paraguay

Constitución

Artículo 94 de la Constitución Nacional: Garantiza la estabilidad opera a partir de la consagración legal de la “causalidad en la contratación y causalidad en el despido, además, el derecho a la indemnización.

Código Laboral

Artículo 94: “De la estabilidad y de la Indemnización. El derecho a la estabilidad del trabajador queda garantizado dentro de los límites que la ley establezca, así como su derecho a la indemnización en caso de despido injustificado”

Código del Trabajo de 1961, para empezar en el artículo 69° dice: “Los trabajadores tienen los siguientes derechos: (...) h) Estabilidad en el empleo de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y las causas legales de separación”.

En el capítulo X “De la estabilidad en el trabajo”, artículos 95° y 96°, desarrolla este instituto como aquella seguridad jurídicamente reconocida al trabajador con determinada antigüedad para conservar su empleo hasta cuando quiera o pueda hacerlo; y según el cual no termina el contrato de trabajo con el trabajador estable por voluntad unilateral del empleador sino solamente por resolución de autoridad judicial competente, en el caso de que se invoque o alegue una causa legal justificada de terminación, previa y fehacientemente comprobada en un proceso judicial²⁰⁵, derecho al que accede el trabajador con 10 años antigüedad.

Sin embargo, la legalización del propio concepto del principio de continuidad, en el artículo 52°, marcó un punto de inflexión en la regulación de los contratos temporales; el citado artículo dice:

“Los contratos relativos a labores que por su naturaleza sean permanentes o continuas en la empresa, se considerarán como celebrados por tiempo indefinido, aunque en ellos se exprese término de duración, si al vencimiento de dichos contratos subsiste la causa que les dio origen o la materia del trabajo para la prestación de servicios o la ejecución de obras iguales o análogas. El tiempo de servicio se contará desde la fecha de inicio de la relación de trabajo, aunque no coincida con la del otorgamiento del contrato por escrito.

En consecuencia, los contratos a plazo fijo y para obra o servicios determinado tienen carácter de excepción, y sólo pueden celebrarse en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar”

b) Chile

Código del Trabajo

Art. 183-U. Los contratos de trabajo celebrados en supuestos distintos a aquellos que justifican la contratación de servicios transitorios de conformidad con el artículo 183-Ñ, o que tengan por objeto encubrir una relación de trabajo de carácter permanente con la usuaria, se entenderán celebrados en fraude a la ley, excluyendo a la usuaria de la aplicación de las normas del presente Párrafo 2°. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondan.

Art. 430. Los actos procesales deberán ejecutarse de buena fe, facultándose al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias.

El juez podrá rechazar de plano aquellas actuaciones que considere dilatorias.

Se entenderá por actuaciones dilatorias todas aquellas que con el sólo objeto de demorar la prosecución del juicio sean intentadas por alguna de las partes. De la resolución que declare como tal alguna actuación, la parte afectada podrá reponer para que sea resuelta en la misma audiencia.

c) Guatemala

Artículo 83 del Código de Trabajo, que, en sus primeros tres párrafos, estipula “El trabajador que desee dar por concluido su contrato por tiempo indeterminado sin justa causa o atendiendo únicamente a su propia voluntad y una vez que haya transcurrido el período de prueba debe dar aviso previo al patrono de acuerdo con lo que expresamente se estipule en dicho contrato, o en su defecto de conformidad con las siguientes reglas:

- a) Antes de ajustar seis meses de servicios continuos, con una semana de anticipación por lo menos;
- b) Después de seis meses de servicios continuos, pero menos de un año, con diez días de anticipación por lo menos;
- c) Después de un año de servicios continuos, pero menos de cinco años, con dos semanas de anticipación por lo menos; y
- d) Después de cinco años de servicios continuos, con un mes de anticipación por lo menos.

Artículo 20, regula “Son condiciones o elementos de la prestación de los servicios o ejecución de una obra: la materia u objeto; la forma o modo de su desempeño; el tiempo de su realización; el lugar de ejecución y las retribuciones a que esté obligado el patrono.”

3.2. En el Perú.

3.2.1. CONSTITUCION POLITICA DEL PERU.

Artículo 1°. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En efecto, si el Estado no protege a los justiciables contra el despido arbitrario dejaría de ejercer la defensa de la persona humana y su dignidad, por ser el único medio legal de subsistencia que éste tiene.

Artículo 2º.-Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley.

Artículo 22º.-Protección y fomento del empleo. El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Artículo 23º.-El Estado y el Trabajo. El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

3.2.2. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL D. LEG. Nº 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL (LPCL) D.S. Nº 003-97- TR

Artículo 1º.- Son objetivos de la presente Ley:

- a) Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores como un mecanismo de mejoramiento de sus ingresos y la productividad del trabajo;
- b) Propiciar la transferencia de las personas ocupadas en actividades urbanas y rurales de baja productividad e ingresos hacia otras actividades de mayor productividad;
- c) Garantizar los ingresos de los trabajadores, así como la protección contra el despido arbitrario respetando las normas constitucionales; y,
- d) Unificar las normas sobre contratación laboral y consolidar los beneficios sociales existentes.

DL 728- Ley de Competitividad Laboral

Artículo 2.- Son objetivos de la presente Ley:

- a) Promover el acceso masivo al empleo productivo dentro del marco de la política económica global del Poder Ejecutivo y a través de programas especiales de promoción del empleo;

- b) Mejorar los niveles de empleo adecuado en el país de manera sustancial, así como combatir el desempleo y el subempleo, en especial el que afecta a la fuerza laboral juvenil;
- c) Incentivar el pleno uso de la capacidad instalada existente en las empresas, dentro del marco de programas de reactivación económica;
- d) Estimular la inversión productiva en el sector privado, especialmente en las ramas de actividad con mayor capacidad de absorción de mano de obra;
- e) Garantizar la seguridad en el empleo y los ingresos de los trabajadores, respetando las normas constitucionales de estabilidad laboral;
- f) Coadyuvar a una adecuada y eficaz interconexión entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo;
- g) Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores como un mecanismo de mejoramiento de sus ingresos y la productividad del trabajo;

Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 07652004-AA/TC que establece que los contratos se consideran como duración indeterminada si el trabajador contratado temporalmente demuestra que el contrato que suscribió se fundamentó en la existencia de simulación o fraude a las normas laborales, situación que se verifica cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes.

D.L 856:

Artículo 3.- La preferencia o prioridad citada en el artículo precedente se ejerce, con carácter persecutorio de los bienes del negocio, solo en las siguientes ocasiones:

- a) Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor.

- b) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo.

CAPITULO IV

4. ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS

4.1. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS

Teniendo en cuenta que el contraste de la hipótesis es muy importante en todo trabajo de investigación, especialmente en el tema que estoy desarrollando puesto que en él se apreciará la realidad, plasmada en la hipótesis misma que será contrastada, teniendo en cuenta la interpretación hermenéutica de las normas al respecto tanto nacionales así como extranjeras que han tratado estos temas y por supuesto los resultados de las entrevistas, encuestas correspondientes y diálogos verbales con los jueces de la materia.

4.2. UNIVERSO Y MUESTRA

4.2.1. Delimitación del Universo

4.2.1.1. Delimitación temporal

La presente investigación será desarrollada en función de la evaluación de la desnaturalización e ineficacia del contrato laboral de los trabajadores de la administración privada sujetos a modalidad por fraude y simulación en la región san Martin periodo 2015 – 2017.

4.2.1.2. Delimitación espacial

Los Juzgados Laborales de la Corte Superior de Justicia de San Martin, quienes son los que ventilan este tipo de procesos.

4.2.1.3. Muestra

En la presente investigación se utilizará una muestra de tipo analítico, el cual consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos, de los casos

presentados en cada juzgado laboral, sus consecuencias y efectos con relación al tema de estudio.

La presente muestra se trabajará a través de una encuesta, la cual se aplicará a jueces laborales de primera instancia y abogados laboristas del distrito judicial de San Martín en un total de 30 encuestados.

4.3. ENCUESTA.

1. ¿Conoce Ud., en que consiste el fraude y la simulación en los contratos laborales?

a) Si conozco ()

b) No conozco ()

2. ¿Conoce usted, los diferentes tipos de contratos laborales sujetos a modalidad?

a) Si conozco ()

b) No conozco ()

c) Solo algunos ()

3. ¿Conoce usted en que situaciones los contratos sujetos a modalidad se desnaturalizan?

a) Si conozco ()

b) No conozco ()

4. ¿Está usted de acuerdo que a los contratistas se les multe, por celebrar contratos bajo la figura de simulación y fraude laboral?

a) Si estoy de acuerdo ()

b) No estoy de acuerdo ()

c) Solo en alguno casos ()

5. ¿cree usted que, si se aplica de forma correcta el artículo 77° del TUO del D.L. 728, se dará solución a los casos de desnaturalización e ineficacia de los contratos laborales de la administración privada sujetos a modalidad por fraude o simulación?.

- a) Si dará solución ()
- b) No dará solución ()
- c) Se está aplicando correctamente ()

6. ¿Cree que se debe contemplar en nuestro ordenamiento jurídico como una infracción muy grave celebrar contratos sujetos a modalidad con el fin de no reconocer los derechos laborales de los trabajadores, actuando bajo fraude o simulación?

- a) Si, debería contemplarse ()
- b) No debería contemplarse ()
- c) En alguno casos ()

7. Cree usted que con un conocimiento adecuado de los planteamientos teóricos (principios, naturaleza jurídica del fraude y simulación en el derecho laboral), se logre solucionar los incumplimientos normativos, presentados en la legislación peruana, específicamente en el derecho laboral?

- a) Es posible ()
- b) Debe conocerse mejor la norma ()
- c) No es posible ()

8. ¿Cree usted que se debe tener en cuenta la legislación comparada para poder solucionar los incumplimientos de las normas de carácter nacional sobre derechos laborales?

- a) Es necesario tenerse en cuenta. ()
- b) No siempre se puede usar legislación comparada. ()
- c) Debe acogerse en la legislación nacional. ()
- d) En casos específicos. ()

9. ¿Qué normas jurídicas considera que deberían cumplirse a para evitar el tema de simulación y fraudes en los contratos laborales?

- a) Art. 77°. Duración indeterminada del contrato. ()
- b) Art. 78°. Los trabajadores permanentes que cesen no podrán ser recontratados bajo ninguna de las modalidades previstas en este título, salvo que haya transcurrido un año del cese. ()
- c) Artículo 54° ()
- d) Artículo 79° D.S. N° 001-96-TR ()

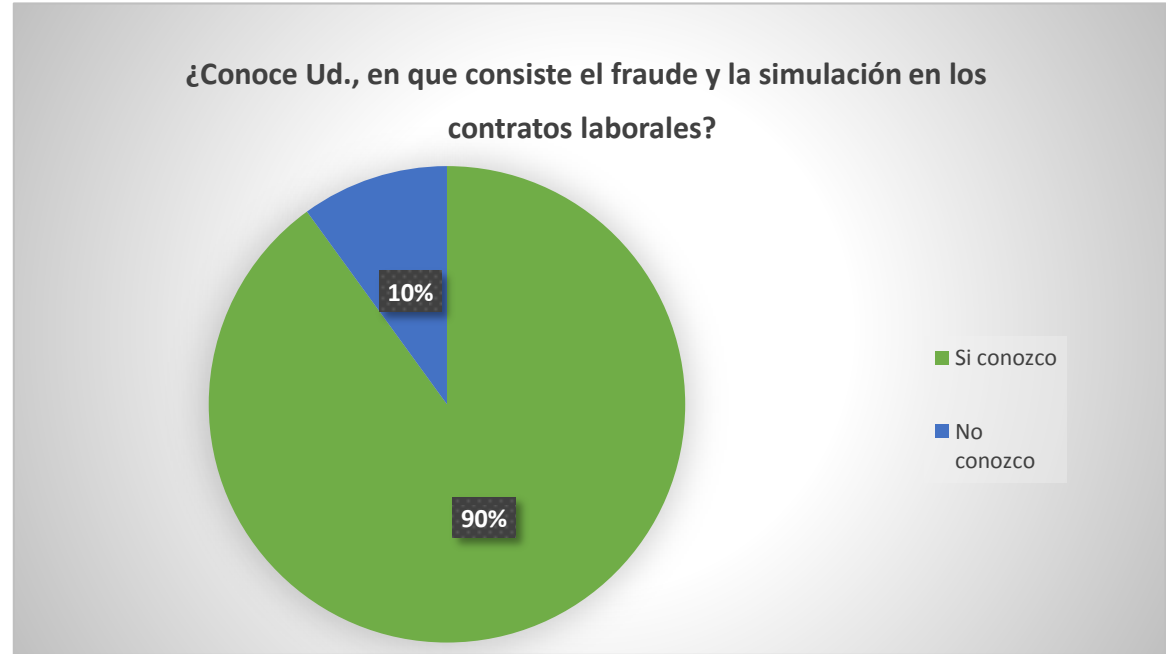
10. ¿Dentro de las siguientes causas o razones por las que no aplica lo artículos que no ha mencionado, precise las que corresponderían en su caso?

- a) No tiene relación con su función o actividad. ()
- b) No lo considera necesario para la aplicación del problema consultado. ()
- c) No lo considera necesario porque con los aplicados ya no resulta útil. ()
- d) No sabe cómo aplicarlo por falta de capacitación. ()

4.4. CUADROS ESTADISTICOS DEL CAMPO DE INVESTIGACIÓN.

PREGUNTA N° 1

¿Conoce Ud., en qué consiste el fraude y la simulación en los contratos laborales?

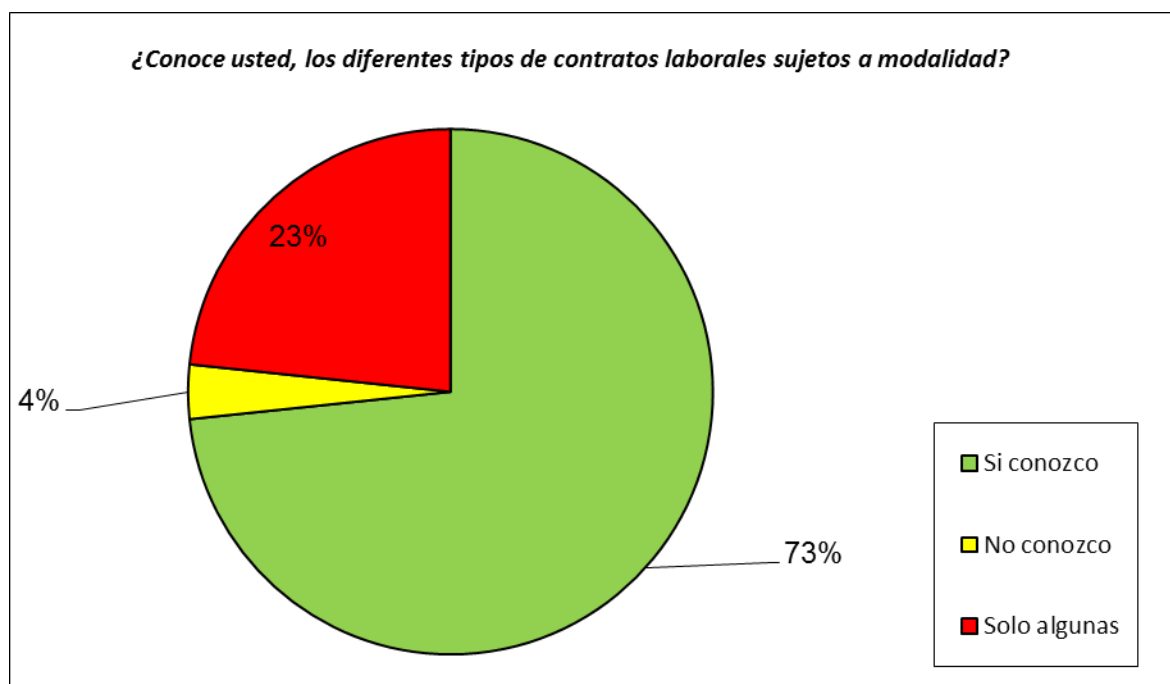


En el presente gráfico según la población encuestada tenemos que: el 90% de los encuestados tienen conocimiento del fraude y la simulación en los contratos laborales, mientras un 10% de los encuestados manifiesta que desconoce del fraude y la simulación en los contratos laborales.

¿Conoce Ud., en que consiste el fraude y la simulación en los contratos laborales?	Respuestas	Porcentaje (%)
Si conozco	27	90%
No conozco	3	10%

PREGUNTA N° 2

¿Conoce usted, los diferentes tipos de contratos laborales sujetos a modalidad?

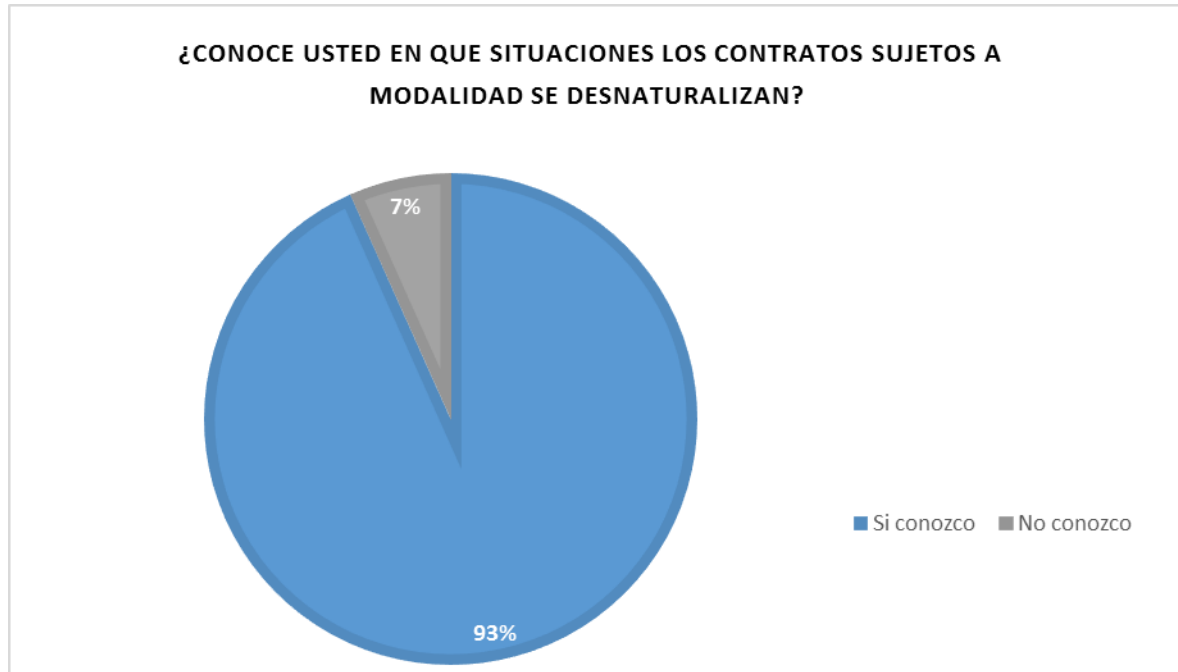


En el presente gráfico según la población encuestada tenemos que: el 73% de los encuestados conoce los diferentes tipos de contratos sujetos a modalidad, así mismo el 23% de los encuestados, manifiesta que conoce solo algunos tipos de contratos sujetos a modalidad y finalmente el 4% restante manifiesta que desconoce.

<i>¿Conoce usted, los diferentes tipos de contratos laborales sujetos a modalidad?</i>	Respuestas	Porcentaje (%)
Si conozco	22	73%
No conozco	1	4%
Solo algunas	7	23%

PREGUNTA N° 3

¿Conoce usted en que situaciones los contratos sujetos a modalidad se desnaturalizan?

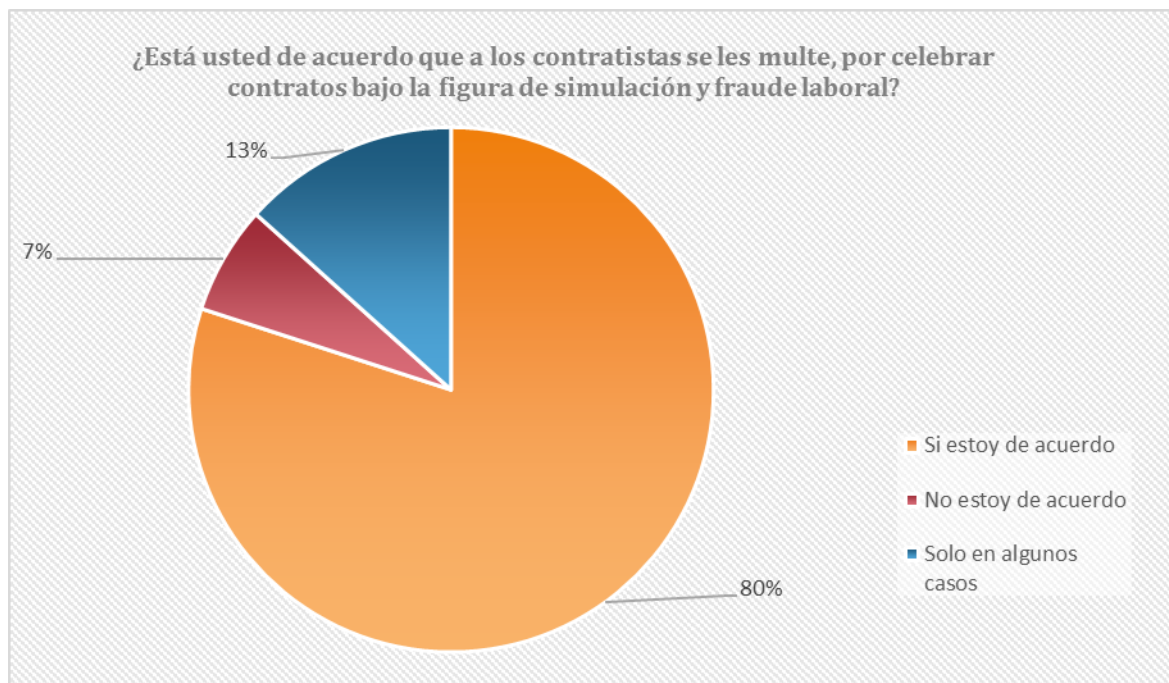


En el presente gráfico según la población encuestada tenemos que: el 93% de los encuestados conoce en que situaciones se desnaturalizan los contratos sujetos a modalidad, y de la misma forma el 7% restante manifiesta desconoce cuando se desnaturalizan estos contratos.

¿Conoce usted en que situaciones los contratos sujetos a modalidad se desnaturalizan?	Respuestas	Porcentaje (%)
Si conozco	28	93 %
No conozco	2	7 %

PREGUNTA N° 4

¿Está usted de acuerdo que a los contratistas se les multe, por celebrar contratos bajo la figura de simulación y fraude laboral?

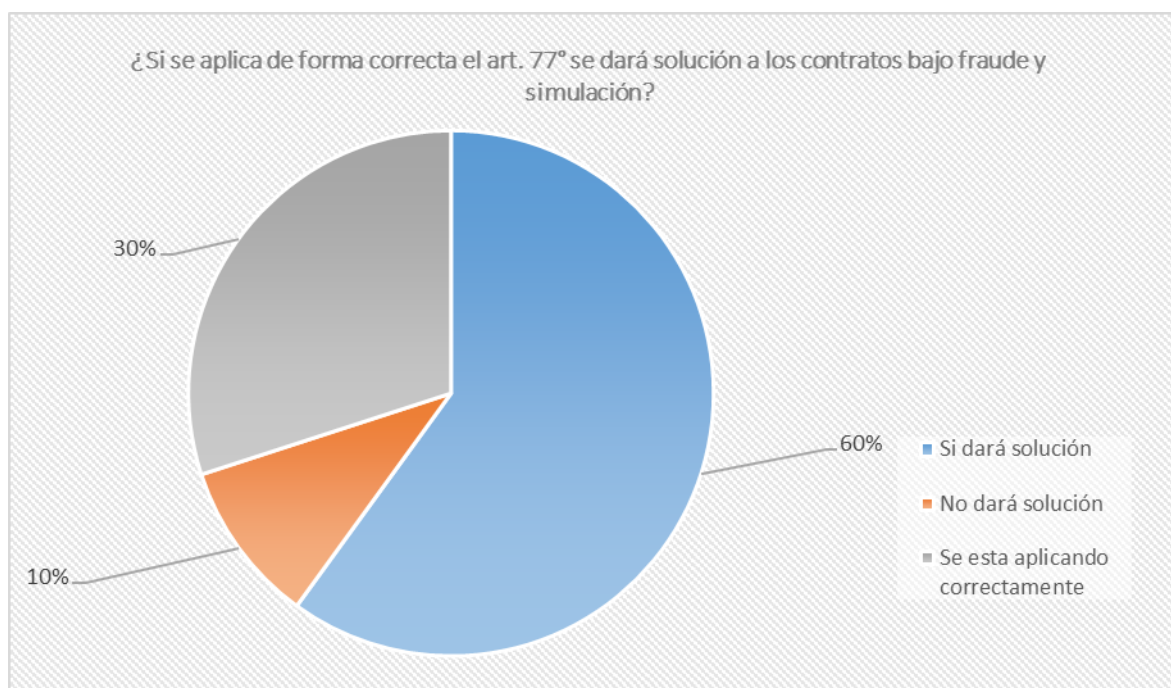


Según el presente gráfico, la población encuestada ha manifestado que: el 80% precisa que está de acuerdo en que se le multe a quienes celebren contratos bajo fraude y simulación, mientras que el 13% manifiesta que se les debe multar solo en algunos casos y finalmente el 7% manifiesta que no se les debe multar.

<i>¿Está usted de acuerdo que a los contratistas se les multe, por celebrar contratos bajo la figura de simulación y fraude laboral?</i>	Respuestas	Porcentaje (%)
Si estoy de acuerdo	24	80%
No estoy de acuerdo	2	7%
Solo en algunos casos	4	13%

PREGUNTA N° 5

¿Cree usted que, si se aplica de forma correcta el artículo 77° del TUO del D.L. 728, se dará solución a los casos de desnaturalización e ineficacia de los contratos laborales de la administración privada sujetos a modalidad por fraude o simulación?

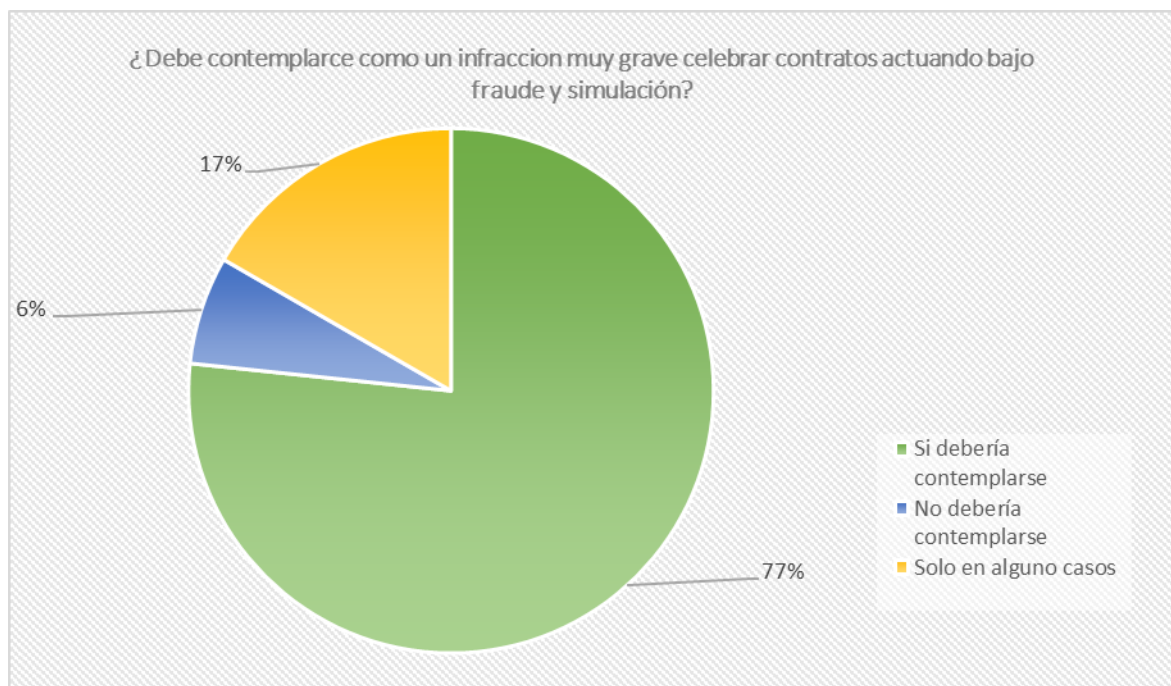


Según el presente gráfico, la población encuestada ha manifestado que: el 60% cree que la correcta aplicación del artículo 77° del TUO del D.L. 728 dará solución al problema de los contratos celebrados bajo fraude y simulación, así mismo el 30% opina que este artículo se está aplicando de forma correcta en la región y mientras que el 10% cree que su correcta aplicación no dará ninguna solución.

<i>¿Cree usted que, si se aplica de forma correcta el artículo 77° del TUO del D.L. 728, se dará solución a los casos de desnaturalización e ineficacia de los contratos laborales de la administración privada sujetos a modalidad por fraude o simulación?.</i>	Respuestas	Porcentaje (%)
Si dará solución	18	60%
No dará solución	3	10%
Se está aplicando correctamente	9	30%

PREGUNTA N° 6

¿Cree que se debe contemplar en nuestro ordenamiento jurídico como una infracción muy grave celebrar contratos sujetos a modalidad con el fin de no reconocer los derechos laborales de los trabajadores, actuando bajo fraude o simulación?

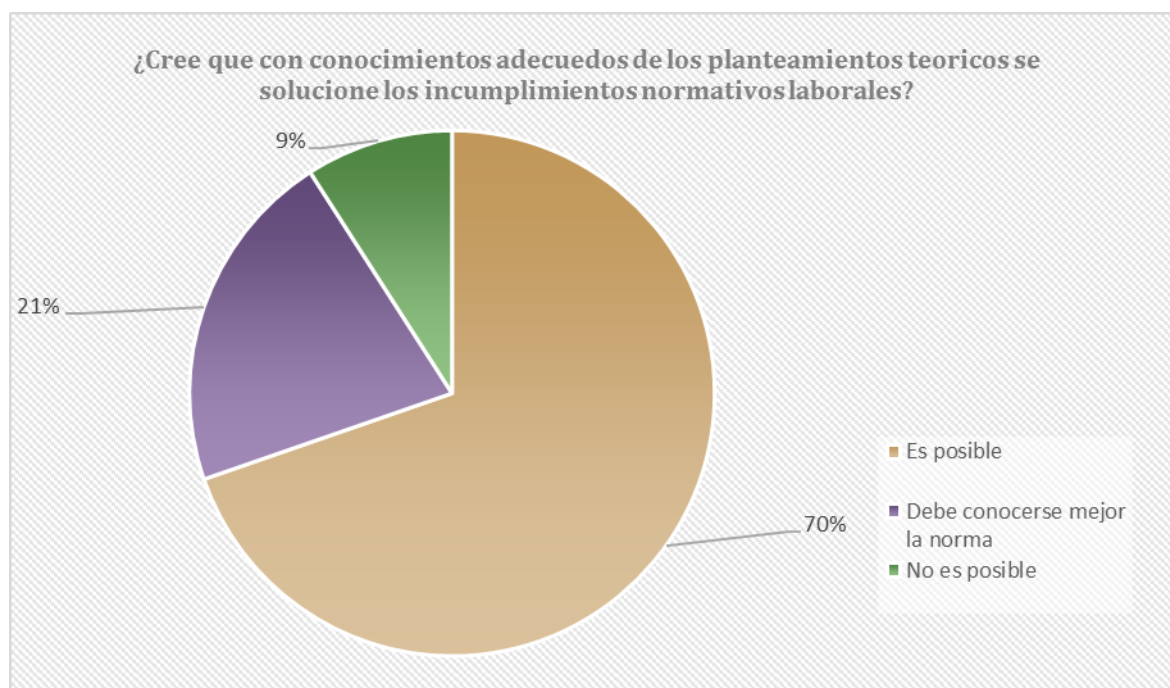


Según el presente gráfico, la población encuestada ha manifestado que: el 77% de los encuestados considera que celebrar contratos bajo fraude y simulación debería considerarse como una infracción muy grave en nuestro ordenamiento jurídico, del mismo modo el 17% cree que solo debe considerarse como infracción muy grave en ciertos casos, así mismo el 6% considera que no debe considerarse como una infracción muy grave.

<i>¿Cree que se debe contemplar en nuestro ordenamiento jurídico como una infracción muy grave celebrar contratos sujetos a modalidad con el fin de no reconocer los derechos laborales de los trabajadores, actuando bajo fraude o simulación?</i>	Respuestas	Porcentaje (%)
Si debería contemplarse	23	77%
No debería contemplarse	2	6%
Solo en alguno casos	5	17%

PREGUNTA N° 7

¿Cree usted que con un conocimiento adecuado de los planteamientos teóricos (principios, naturaleza jurídica del fraude y simulación en el derecho laboral), se logre solucionar los incumplimientos normativos, presentados en la legislación peruana, específicamente en el derecho laboral?

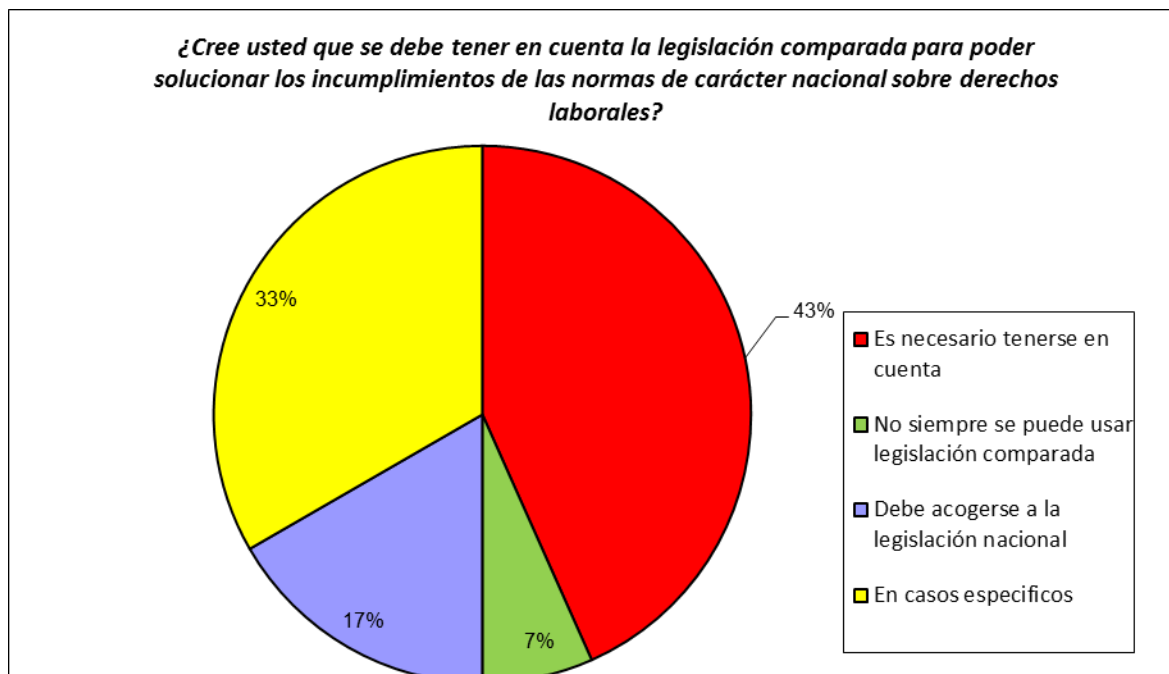


Según el presente gráfico en las encuestas realizadas población ha manifestado que: el 70% de los encuestados considera que con conocimiento adecuados de los planteamientos teóricos se solucionará el incumplimiento de la normativa laboral; de igual forma el 21% de los encuestados considera debería conocerse mejor la normatividad, por último, el 9% de los encuestados considera que eso no dará ninguna solución.

Cree usted que con un conocimiento adecuado de los planteamientos teóricos (principios, naturaleza jurídica del fraude y simulación en el derecho laboral), se logre solucionar los incumplimientos normativos, presentados en la legislación peruana, específicamente en el derecho laboral.?	Respuestas	Porcentaje (%)
Es posible	23	70%
Debe conocerse mejor la norma	7	21%
No es posible	3	9%

PREGUNTA N° 8

¿Cree usted que se debe tener en cuenta la legislación comparada para poder solucionar los incumplimientos de las normas de carácter nacional sobre derechos laborales?

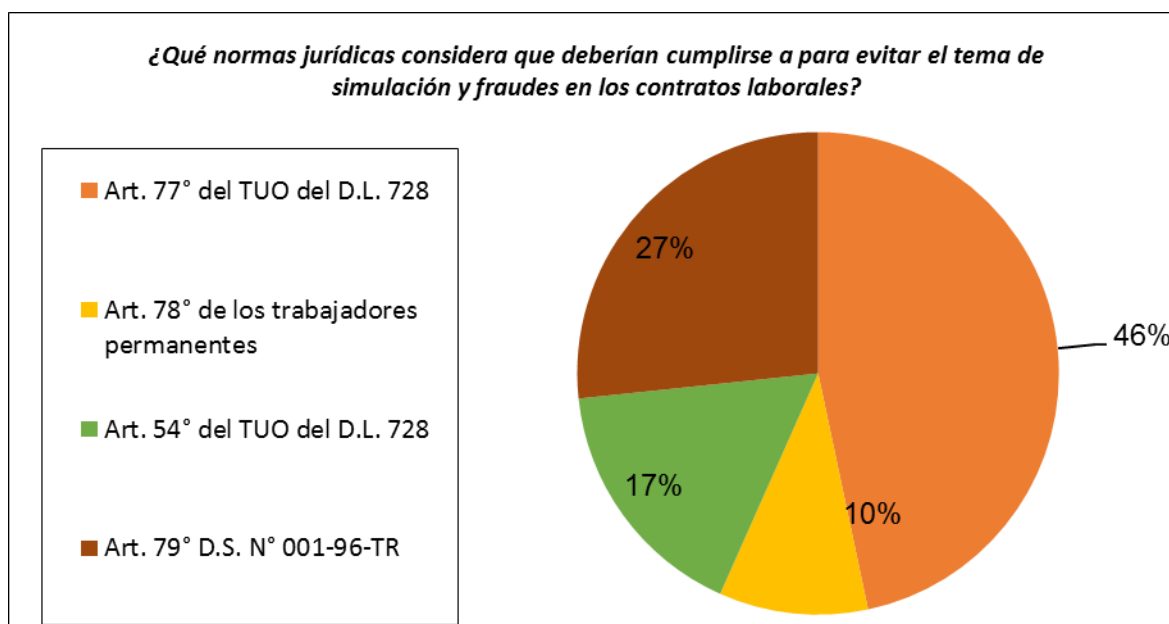


Según el presente gráfico en las encuestas realizadas población ha manifestado que: el 43% de los encuestados considera que es necesario tener en cuenta la legislación extranjera, del mismo modo el 33% cree que se debe acogerse en casos específicos, mientras que el 17% precisa que se debe acogerse a la legislación nacional y el 7% plantea que no siempre se puede usar la legislación comparada.

¿Cree usted que se debe tener en cuenta la legislación comparada para poder solucionar los incumplimientos de las normas de carácter nacional sobre derechos laborales?	Respuestas	Porcentaje (%)
Es necesario tenerse en cuenta	13	43%
No siempre se puede usar legislación comparada	2	7%
Debe acogerse a la legislación nacional	5	17%
En casos específicos	10	33%

PREGUNTA N° 9

¿Qué normas jurídicas considera que deberían cumplirse a para evitar el tema de simulación y fraudes en los contratos laborales?

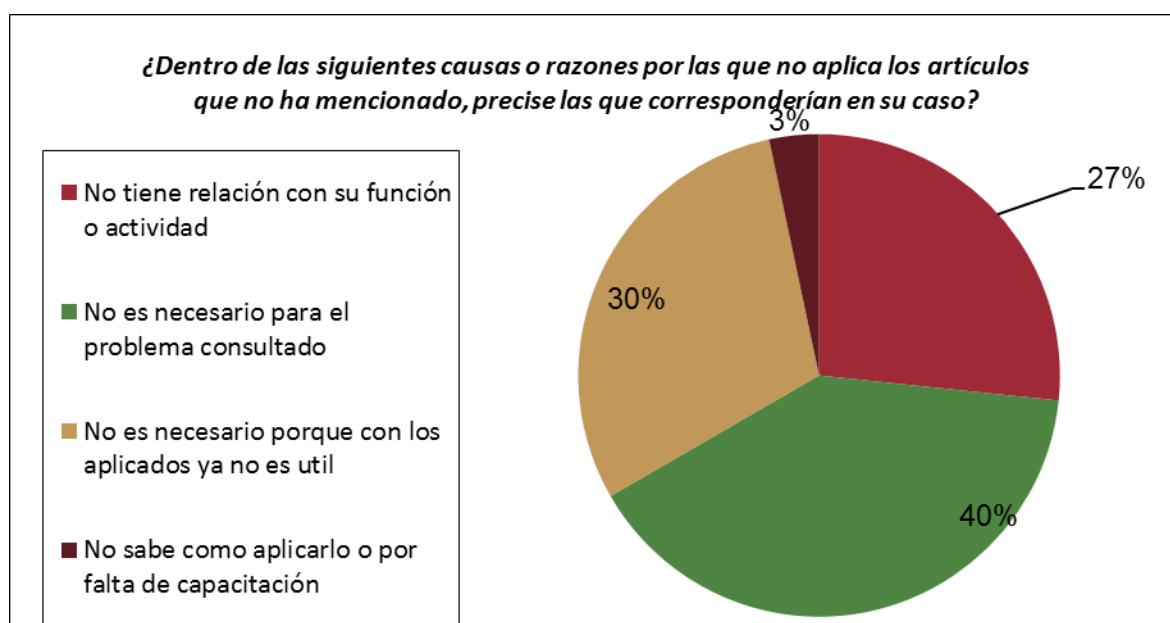


Según el presente gráfico en las encuestas realizadas población ha manifestado que: el 46% de los encuestados considera para evitar el tema del fraude y la simulación en los contratos laborales se debe aplicar el art. 77° del TUO del D.L. 728, mientras que el 27% manifiesta que se debe aplicar el Art. 79° D.S. N° 001-96-TR, de la misma forma otro 17% considera que debe aplicarse el Art. 54° del TUO del D.L. 728, finalmente el 10% de los encuestados precisa que debe aplicarse el Art. 78° de los trabajadores permanentes.

¿Qué normas jurídicas considera que deberían cumplirse a para evitar el tema de simulación y fraudes en los contratos laborales?	Respuestas	Porcentaje (%)
Art. 77° del TUO del D.L. 728	14	46%
Art. 78° de los trabajadores permanentes	3	10%
Art. 54° del TUO del D.L. 728	5	17%
Art. 79° D.S. N° 001-96-TR	8	27%

PREGUNTA N° 10

¿Dentro de las siguientes causas o razones por las que no aplica los artículos que no ha mencionado, precise las que corresponderían en su caso?








Según el presente gráfico en las encuestas realizadas la población ha manifestado que: el 40% las causa de no haber considerado algunos artículos de la pregunta anterior se debe a que no es necesario en el problema consultado, así mismo el 30% lo precisa que fue debido a que con los aplicados ya no es útil, del mismo modo el 27% lo dijo que era porque no tenía relación con su actividad y finalmente el 3% dijo que es porque no sabe cómo aplicarlo o falta de capacitación.

¿Dentro de las siguientes causas o razones por las que no aplica los artículos que no ha mencionado, precise las que corresponderían en su caso?	Respuestas	Porcentaje (%)
No tiene relación con su función o actividad	8	27%
No es necesario para el problema consultado	12	40%
No es necesario porque con los aplicados ya no es útil	9	30%
No sabe cómo aplicarlo o por falta de capacitación	1	3%

4.5. MÉTODO Y PROCEDIMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

4.5.1. Método

En el presente trabajo utilizaremos los siguientes métodos:

-  **Análisis y síntesis.** - Consiste en revisar minuciosamente la información y así lograr consolidar los datos obtenidos.
-  **Inductivo y deductivo.** - Consiste en trabajar la información teórica o dogmática.
-  **Dogmático, la exégesis y hermenéutica.** - Se aplicará para el estudio e interpretación de la legislación aplicable.
-  **Descriptivo – explicativo.** - Se aplicará para desarrollar el trabajo empírico.
-  **Científico.** - Se refiere a la serie de etapas que hay que recorrer para obtener un conocimiento válido.

4.5.2. Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo descriptivo – explicativo orientada a precisar las peculiaridades y características de las categorías jurídicas vinculadas al tema, a la vez que a determinar el rendimiento práctico o funcionalidad de las mismas dentro del ordenamiento jurídico y en la realidad social. Asimismo, se realizará un trabajo de tipo comparativo para identificar las relaciones de semejanza, identidad y diferencia entre los sistemas jurídicos extranjeros que presentan alguna similitud con el nuestro y que puedan haber influenciado en nuestra realidad.

4.5.3. Técnicas de recolección de información

4.5.3.1. Análisis documental.

Casos tramitados donde se han realizado procesos laborales referentes al tema abordado y que normativa se ha aplicado.

4.5.3.2. Análisis de Encuestas y Entrevistas

Aplicado a los jueces, secretarios, fiscales, asistentes fiscales y Abogados, para ser procesada e interpretada de acuerdo a criterios metodológicos.

4.6. Recursos y Presupuesto

4.6.1. Bienes

BIEN	CANTIDAD	UNIDAD	PRECIO	TOTAL
Papel	2	Millar	25	50
Lapiceros	1	Docena	2	24
Tinta de computadora	1	Unidades	30	30
USB	1	Unidades	25	25
TOTAL RUBRO				129

4.6.2. Servicios

SERVICIO	CANTIDAD	SUB
Movilidad	1	500.00
Viáticos	1	300.00
Teléfono		100.00
Impresiones		250.00
Fotocopias		200.00
TOTAL RUBRO		1350.00

4.6.3. Recursos humanos

RRHH	CANTIDAD	SUB TOTAL
Asesor	1	1,000.00
Consultor	1	500.00
TOTAL RUBRO		1500.00

4.6.4. Consolidado.

BIENES	129.00
SERVICIOS	1350.00
RECURSOS HUMANOS	1500.00
TOTAL	2979.00

4.6.5. Financiamiento

Financiamiento propio.

4.6.6. Cronograma de ejecución

ACTIVIDADES	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Setiembre
1. Acopio bibliográfico	X	X	X			
2. Elaboración del Proyecto		X	X			
3. Presentación del Proyecto			X			
4. Elaboración de Instrumentos			X			
5. Aplicación de Instrumentos				X	X	
6. Tabulación de datos				X	X	
7.Elaboración de Informes					X	
8.Presentación del Informe					X	
9.Sustentación						X

CONCLUSIONES

- Las Empresas vienen incumpliendo lo normado en el Artículo 77º DS 003-97-TUO del D.L. 728, todo esto debido a que desconocen las causas de la desnaturalización de los contratos modales, siendo la causa con mayor índice la de Fraude y simulación.
- El objeto de simular las relaciones laborales, con apariencia jurídica civil o mercantil, es sencillamente, la intervención de evadir el cumplimiento de la legislación laboral para disminuir costos y aumentar ganancias, al evadir el pago de prestaciones sociales mínimas. Por cuanto, la simulación laboral, se presenta al momento de celebrar un contrato de trabajo modal, cuando su finalidad es realmente otra, lo que viene a ser un fraude laboral. Por ello, la Autoridad Administrativa de Trabajo, cumple un papel importante en lograr fiscalizar el cumplimiento de la normatividad jurídica socio laboral.
- Es fundamental el empleo del Principio de Primacía de la Realidad, pues al aplicar tal principio, como señala Toyama, “importa un procedimiento y una consideración probatoria”, por tanto, la desnaturalización es “la aplicación automática de los supuestos previstos en las normas legales.

RECOMENDACIONES

- Que el Estado mediante sus organismos supervisores contrarresten esta problemática a través de supervisiones temporales a los empleadores intentando que estos dejen de optar en forma indiscriminada por la contratación de personal a través de la utilización de los contratos modales y de esta manera cumplan con la normatividad laboral evitando así la desnaturalización de contratos modales.
- Deben realizarse capacitaciones continuas referentes a las causas de Desnaturalización de los contratos modales, y tener en cuenta la normatividad vigente para que de esta manera puedan ser utilizados y se respeten los derechos vulnerados de los trabajadores.
- Recomendar a los magistrados que, al momento de solucionar procesos laborales referentes al presente tema, se aplique el Principio de Primacía de la Realidad, ya que, si los hechos son discordes con los documentos mostrados, serán los hechos los que predominen en beneficio del trabajador contratado mediante contratos modales por empresas que buscan un incremento económico sin tener en cuenta derechos constitucionales.
- Recomendar al Estado peruano, crear políticas en las que se capacite a los empleadores y trabajadores sobre sus derechos laborales, además de tener en cuenta que para poder tutelar los derechos de los trabajadores debe logísticamente implementarse un sistema dentro del MINTRA que permite filtrar el ingreso de contratos bajo diferentes modalidades y poder exigir a las empresas que cumplan con lo establecido en la Ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Aparicio Tovar, J. (1980). *La forma en el contrato de trabajo*. Madrid.
- Arce, E. (2008). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú, Desafíos y Deficiencias*. (1º ed.). Lima - Perú: Palestra Editores.
- Arce, E. G. (2008). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Lima - Perú: Palestra Editores.
- Baylos Grau, A. (1996). *Las modalidades de contratación y reforma del mercado*. Granada: Editorial monográfica.
- Benites, M. (2012). *Análisis comparado de los sistemas de contratación laboral temporal en España y Paraguay*. España
- Cabanellas de la Torre, G. (1964). *Tratado de Derecho Laboral - Tomo I, Contrato de Trabajo (Parte General)* (2º ed., Vol. 1). Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- Campana, D., & Prella, H. (2000). *La reforma formativa de la contratación temporal durante los noventa ¿flexibilidad o precarización?* Lima.
- Condeso, M. (2012). *Vulneración de los derechos laborales en el régimen de la contratación administrativa de servicio*. Perú.
- Cruz Villalón, J. (2003). *El estatuto de los trabajadores comentado*. Madrid: Tecnos.
- De Ferrari, F. (1989). *Derecho del trabajo*. 7ª ed.; México: Ed. Porrúa, S.A.
- Fernández Márquez, O. (2002). *La forma en el contrato de trabajo*. Madrid.
- García, E. (1984). *Introducción al estudio del derecho*. 35ª ed.; México: Ed. Porrúa, S.A.
- Guerrero, G. (1980). *Introducción al derecho del trabajo*. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, S.A.

- García Piqueras, M. (1995). Las modalidades del contrato de trabajo en la reforma laboral. Granada.
- Herrero Nieto, B. (1958). La simulación y el fraude a la ley en el trabajo. Barcelona: Bosch.
- Lahera Forteza. (2003). Los contratos temporales en la unificación de doctrina. Madrid: La Ley. Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (27 de marzo de 1997). Texto Único Ordenado del TUO del Decreto Legislativo N° 728 - Aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. Lima - Perú.
- Miyagusuku, J. (2008). Los Contratos de Trabajo y Otras Instituciones del Derecho Laboral. Lima - Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Monereo Pérez, J. L. (1996). Introducción al nuevo derecho del trabajo. Valencia.
- Olarte Encabo, S. (2000). Los contratos temporales contractuales. Granada.
- Pérez, E. (2013). Indemnización por falta de pago – desnaturalización del contrato de trabajo. Colombia.
- Pérez Rey, J. (2002). La transformación de la contratación temporal en indefinida. Valladolid: Lex Nova.
- Pérez Rey, J. (2004). la transformación de la contratación temporal en indefinida. Valladolid: Lex Nova.
- Ponce, D. (2014). Problemas de la jornada a tiempo parcial en la contratación a plazo determinado de los docentes en condición de contratados de las universidades UCV, UPN Y UPAO de la ciudad de Trujillo en el periodo 2011 – 2013. Trujillo – Perú.
- Reglamento de Ley de Fomento al Empleo - Aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR. Lima - Perú.
- Reglamento del Decreto Legislativo N° 728. (26 de enero de 1996).

Román de la Torre, M. D. (1988). La prórroga en la contratación laboral. Madrid.

Sanguinetti Raymod, W. (1994). Los contratos de trabajo sujetos a modalidad de la Ley de fomento del empleo. Lima.

Terradillos Basoco, J. (2001). Empresa y derecho penal. Buenos aires.

Toledo, O. El despido fraudulento en la jurisprudencia, 17 de enero del 2012

[Ubicado el 26.03 2015] Obtenido en:

<http://omartoledotoribio.blogspot.com/2010/01/el-despido-fraudulento-enla.html>.

Ugarte, J. (marzo de 2009). Los Contratos Sujetos a Modalidad o de Plazo Fijo.

Actualidad Empresarial N° 179, V-1 y V-2.

Vilela, A. (2008). Reflexiones sobre el Tratamiento de los Contratos de Trabajo

Sujetos a Modalidad en el Perú. En A. P. Trabajo, Relaciones Laborales en el Mundo 43 Estudios en Homenaje al Profesor Luis Aparicio Valdez de sus amigos profesores e investigadores de los cinco continentes (págs. 331 - 340). Lima - Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley E. I.R.L.

Villar, P y Cayul, P. (2001). Desnaturalización de la calidad de empleador y fraude a la ley laboral a la luz de la ley 20.123. Chile.

Zabaleta, E. (2008). *Decadencia del contrato de trabajo de trabajo por desnaturalización de su contenido y esencia en la legislación laboral guatemalteca (tesis de pregrado)*, presentada en la universidad de San Carlós de Guatemala. Guatemala.

ANEXOS

1. ¿Conoce Ud., en que consiste el fraude y la simulación en los contratos laborales?

a) Si conozco ()

b) No conozco ()

2. ¿Conoce usted, los diferentes tipos de contratos laborales sujetos a modalidad?

a) Si conozco ()

b) No conozco ()

c) Solo algunos ()

3. ¿Conoce usted en que situaciones los contratos sujetos a modalidad se desnaturalizan?

a) Si conozco ()

b) No conozco ()

4. ¿Está usted de acuerdo que a los contratistas se les multe, por celebrar contratos bajo la figura de simulación y fraude laboral?

a) Si estoy de acuerdo ()

b) No estoy de acuerdo ()

c) Solo en alguno casos ()

5. ¿cree usted que, si se aplica de forma correcta el artículo 77° del TUO del D.L. 728, se dará solución a los casos de desnaturalización e ineficacia de los contratos laborales de la administración privada sujetos a modalidad por fraude o simulación?.

a) Si dará solución ()

b) No dará solución ()

c) Se está aplicando correctamente ()

6. ¿Cree que se debe contemplar en nuestro ordenamiento jurídico como una infracción muy grave celebrar contratos sujetos a modalidad con el fin de no reconocer los derechos laborales de los trabajadores, actuando bajo fraude o simulación?

- a) Si, debería contemplarse ()
- b) No debería contemplarse ()
- c) En alguno casos ()

7. Cree usted que con un conocimiento adecuado de los planteamientos teóricos (principios, naturaleza jurídica del fraude y simulación en el derecho laboral), se logre solucionar los incumplimientos normativos, presentados en la legislación peruana, específicamente en el derecho laboral.?

- a) Es posible ()
- b) Debe conocerse mejor la norma ()
- c) No es posible ()

8. ¿Cree usted que se debe tener en cuenta la legislación comparada para poder solucionar los incumplimientos de las normas de carácter nacional sobre derechos laborales?

- a) Es necesario tenerse en cuenta. ()
- b) No siempre se puede usar legislación comparada. ()
- c) Debe acogerse en la legislación nacional. ()
- d) En casos específicos. ()

9. ¿Qué normas jurídicas considera que deberían cumplirse a para evitar el tema de simulación y fraudes en los contratos laborales?

- a) Art. 77°. Duración indeterminada del contrato. ()
- b) Art. 78°. Los trabajadores permanentes que cesen no podrán ser recontratados bajo ninguna de las modalidades previstas en este título, salvo que haya transcurrido un año del cese. ()

c) Artículo 54° ()

d) Artículo 79° D.S. N° 001-96-TR ()

10. ¿Dentro de las siguientes causas o razones por las que no aplica lo artículos que no ha mencionado, precise las que corresponderían en su caso?

a) No tiene relación con su función o actividad. ()

b) No lo considera necesario para la aplicación del problema consultado. ()

c) No lo considera necesario porque con los aplicados ya no resulta útil. ()

d) No sabe cómo aplicarlo por falta de capacitación. ()